Lire 2300,—

UNIVERSITÀ DI TORINO
MEMORIE DELL'ISTITUTO GIURIDICO
SERIE II MEMORIA LXXXVIII

RODOLFO SACCO

IL POTERE DI PROCEDERE IN VIA SURROGATORIA

PARTE GENERALE

G. GIAPPICHELLI — EDITORE — TORINO

Se ne può trarre una conseguenza: la ricerca della formulazione generale dell'ambito di applicazione dell'art. 2900 deve intrecciarsi strettamente con l'esposizione sistematica di tutti i concreti modi di esercizio del potere, che quell'articolo ha attribuito al creditore. Perciò, essa rientra già nella parte speciale della trattazione sull'istituto surrogatorio, a cui è opportuno rinviare.

INDICE

CAPITOLO I.

DETERMINAZIONE DEL CONCETTO DI POTERE SURROGATORIO ATTRAVERSO LA STORIA

CAPITOLO II.

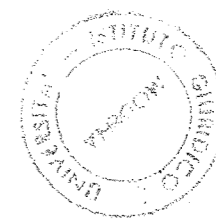
LA FATTISPECIE CHE DA' LUOGO AL POTERE DI PROCEDERE IN VIA SURROGATORIA

CAPITOLO III.

GLI EFFETTI DELL'ATTO POSTO IN ESSERE IN VIA SURROGATORIA

CAPITOLO IV.

QUALIFICA GIURIDICA DEL POTERE SPETTANTE AL CREDITORE IN BASE ALL'ART. 2900 COD. CIV.

Stabilimento Poligrafico Editoriale (S.P.E.) di C. Fanton - Torino - 1955

INDICE BIBLIOGRAFICO

Questo indice non contiene una bibliografia organica sull'argomento a cui è dedicata la monografia; esso è un semplice elenco delle opere che verranno richiamate più frequentemente nel corso della trattazione.

ACOSTA, *De privilegiis creditorum tractatus absolutissimus*, Ginevra 1670.

ALESSANDRETTI, *Presupposti di fatto necessarii all'esercizio dei diritti e delle azioni del debitore da parte dei suoi creditori*, *in Temi ven.* 1910.

ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Torino 1941, lit.

— *Fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino 1948-1952, lit.

— *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino 1949-50, lit.

— *Nozioni fondamentali del diritto civile*, 4ª ed., Torino 1953, lit.

ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano 1935.

— *Diritto processuale tributario*, 3ª ed., Torino 1955.

ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3ª ed., Napoli 1954.

ANSALDIS, vedi DE ANSALDIS.

ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 11ª ed., Napoli 1952.

ARGOU, *Institution au droit françois*, Parigi 1762, II.

ARVET, *De l'exercice des actions du débiteur par le créancier*, Parigi 1872.

AUBRY et RAU, *Droit civil français*, 6ª ed., Parigi 1942, t. IV.

BALDO, *Commentaria in quartum et quintum Codicis lib.*, Venezia 1622.

BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, 4ª ed., Milano 1948.

— *Teoria generale delle obbligazioni*, 2ª ed., Milano 1948.

BARBERO, *Legittimazione ad agire in confessoria e negatoria servitutis*, 2ª ed., Milano 1950.
— *Studi di teoria generale del diritto*, Milano 1953.
— *Sistema istituz. del diritto privato italiano*, 4ª ed., Torino 1955.
BARLETTA, *L'azione surrogatoria nella dottrina e nella giurisprudenza*, Chieti 1905.
BASNAGE, *La coutume reformée du pays et duché de Normandie*, Rouen 1678.
— *Traité des hypothèques*, Rouen 1702.
BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, 2ª ed., Parigi 1955.
BAUDRY LACANTINERIE et BARDE, *Des obligations*, in *Traité théorique et pratique de droit civil*, Parigi 1897, I.
BAUDRY LACANTINERIE et SAIGNAT, *De la vente et de l'échange*, in *Traité* ecc., Parigi 1900.
BERTOLINI, *Esercizio dei diritti del debitore*, in *Legge* 1890.
BETTI, *Diritto romano*, Padova 1935.
— *Diritto processuale civile italiano*, 2ª ed., Roma 1936.
— *Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª ed., Torino 1950.
— *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano 1953, I e II.
BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2ª ed., Parigi 1936, VIII (*Contrats et obligations*).
BIGIAVI, *Società occulta e imprenditore occulto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1949.
— *Imprenditore occulto*, Padova 1954.
BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, 2ª ed., Milano 1952.
BONELLI, *Del fallimento*, 3ª ed., Milano 1938-39.
BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, Torino 1877, III, II.
BOSC, *Etude sur le droit des créancier d'exercer les actions de leur débiteur*, Parigi 1902.
BOURGEOIS, *De l'exercice des droits et actions du débiteur*, Parigi 1875.
BOUTARIC, *Les institutes de l'emp. Justinien conférés avec le droit français*, Tolosa 1740.
BRANCA, in *Commentario* SCIALOIA e BRANCA, sub art. 1079.
— *Il possesso come diritto affievolito*, in *Scritti per* CARNELUTTI, III.
BRILLON, *Dictionnaire des arrests ou jurisprudence universelle*, Parigi 1711.
BRODEAU, in LOUET, *Recueil de plusieurs arrêts notables, recueillis par B.*, Parigi 1742.
BRUNNEMANN, *Commentarius in Codicem*, Lione 1715.
BRUNNEMANN, in CENCINIUS, *Additiones aureae ad A. De Olea Tractatum de cessione jurium*, Ginevra 1723.

BURDESE, *Irrevocabilità del mandato con rappresentanza*, in *Dir. e giur.* 1950.
CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova 1936.
— *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova 1941.
CANCERIUS, *Variarum resolutionum juris*, Lione 1658, I.
CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, 3ª ed., Milano 1953.
CANTILLO, *Appunti in tema di azione surrogatoria: la cosiddetta azione surrogatoria esecutiva*, in *Giur. compl. Cass. civ.* 1953, I bim., p. 74.
CANTONI, *L'azione surrogatoria nel diritto civile italiano*, Milano 1907.
CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova 1936.
CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi* CHIOVENDA, 1927.
— *Processo di esecuzione*, in *Lezioni di dir. proc. civ.*, Padova 1929-1931.
— *Teoria generale del diritto*, 3ª ed., Roma 1951.
CARONDAS, (LE CARON, detto), *Responses du droict françois confirmées par les arrests*, Parigi 1586.
CARRARO, *Mandato ad alienare*, Padova 1947.
CASAREGIS, *Discursus legales de Commercio*, Firenze 1719.
CASTELLINI, *L'azione surrogatoria nel diritto civile*, Asti 1941.
CHARONDAS, vedi CARONDAS.
CHIOVENDA, *Principii di diritto proc. civile*, 3ª ed., Napoli 1923.
— *Sulla natura dell'espropriazione forzata*, in *Riv. dir. proc.* 1926.
— *Azione ed eccezione*, in *Saggi di dir. proc. civ.*, Roma 1930, I.
— *Istituzioni di dir. proc. civ.*, Napoli 1933.
CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 2ª ed., Torino 1912.
CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, 2ª ed., Milano 1948.
CLAPS, *Natura giuridica della surrogazione*, in *Foro It.* 1913.
COLIN e CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 10ª ed., Parigi 1953, t. II.
COLMET DE SANTERRE, seguito di DEMANTE, *Cours anal. de code civil*, 2ª ed., Parigi 1883, t. v.
COQUILLE, *Oeuvres*, Bordeaux 1703.
COTTINO, *Note sull'irrevocabilità del mandato*, in *Riv. dir. comm.* 1952, II.
COVIELLO, *Manuale di diritto civile*, 3ª ed., Milano 1924.
CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, tr. it. ASCOLI e CAMMEO, Milano 1908.
CUGIA, *Corso di diritto romano. La nozione della cessione del credito e dell'azione*, Milano 1939.
— *Inammissibilità del mandatum actionis nella cessione e nell'accollo classici*, in *Studi* ARANGIO RUIZ, Napoli 1953, IV.

CUIACIO, *Opera*, Prato 1836-44.

D'AMELIO, in *Commentario* D'AMELIO *al cod. proc. civ.*, sub art. 81.

D'ARGENTRE', *Commentarii in consuetudines ducatus Britanniae*, 2ª ed., Parigi 1614.

D'AVANZO, *La surrogatoria*, Padova 1939.

DE ANSALDIS A., *De commercio et mercatura*, Roma 1689.

DE CASTRO P., *In primam codicis partem Commentaria*, Venezia 1582.

— *Consiliorum*, Venezia 1570, II.

DE FERRIERE C. (padre), *Corps de tous les commentateurs sur la coutume de Paris*, 2ª ed., Parigi 1714, t. IV.

— *Nouveau Commentaire sur la coutume de Paris*, Parigi 1751.

DE FERRIERE C. J. (figlio), *Dictionnaire de droit et de pratique*, Parigi 1762.

DEIANA, *Alcune considerazioni sull'azione negatoria*, Trieste 1945.

— *Le servitù prediali*, vedi GROSSO e DEIANA.

DEL CASTILLO J., *Repertorium generale*, Lione 1667.

DE LUCA, *Il dottor volgare*, Colonia 1740.

DELVINCOURT, *Institutes de droit civil français*, 2ª ed., Parigi 1810, II.

DEMANTE, *Programme du cours de droit civil*, ed. belga a cura MAZERAT, Brusselle 1838.

DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, Roma 1953.

DE MARTINI, *Profilo giuridico del contratto estimatorio*, in *Scritti per* CARNELUTTI, Padova 1950, III.

DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, II, *Effets des obligations*, Parigi 1933, t. VII.

DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, XII (*Des contrats*), ed. belga, Brusselle 1868.

DE OLEA, vedi OLEA.

DERNBURG, *Das Pfandrecht*, Lipsia 1860, I.

DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, 6ª ed., Messina Milano s. d.; 8ª ed., Milano 1950, a cura MAROI.

DOMAT, *Les lois civiles*, Parigi 1777.

DONELLO, *Opera omnia commentariorum de jure civili*, Firenze 1840-47.

D'ONOFRIO, *Commento al nuovo codice di proc. civile*, 3ª ed., Torino 1953.

DUBEY, *De la voie oblique*, Digione 1936.

DUMOULIN, *Commentarii in parisienses supremi Galliae parlamenti ecc. consuetudines ecc.*, Francoforte sul Meno 1597.

DURANTON, *Cours de droit français*, 3ª ed., Brusselle 1834, VI.

DU ROUSSEAUD DE LACOMBE, *Recueil de jurispr. civile du pays de droit écrit et coutumier*, 4ª ed., Parigi 1769.

EULA, in *Commentario* D'AMELIO e FINZI *al cod. civ.*, sub art. 2900.

FABRO A., *Coniecturarum iuris libri* 20, Lione 1659.

— *Codex fabrianus*, Vienne 1740.

FADDA, *Un'osservazione sull'art.* 1234 *C. Civ.*, in *Mon. delle leggi* 1886.

FENET, *Pothier analysé dans ses rapports avec le code civil, et mis en ordre sous chacun des articles de ce code*, Parigi 1826.

FERRARA, *Natura giuridica dell'azione surrogatoria*, in *Foro it.* 1904, I, 1495 (anche in *Scritti giuridici*, II, Milano 1954).

— *Trattato di diritto civile italiano*, I, I, Roma 1921.

FERRARA j., *Gli imprenditori e le società*, 3ª ed., Milano 1952.

FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino 1950.

FERRIERE, vedi DE FERRIERE.

FRE', in *Commentario* SCIALOJA e BRANCA, sub art. 2394.

GAITO, *Tractatus absolutissimus de credito*, Venezia 1626.

GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano 1942.

GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Parigi 1937.

GIOIA, *L'azione surrogatoria nel diritto vigente*, Napoli 1955.

GIORGI, *Obbligazioni*, 7ª ed., Firenze 1907.

GIORGIANNI, *La dichiarazione di morte presunta*, Milano 1943.

GIRARD, *Manuel de droit romain*, 8ª ed., Parigi 1929.

GORLA, *Atto di disposizione*, in *Annali Perugia* 1936.

— in *Commentario* SCIALOJA e BRANCA, sub art. 2789.

GRASSETTI, in *Commentario* D'AMELIO e FINZI *al cod. civ.*, sub art. 314.

GRAZIANI, *La rappresentanza senza procura*, in *Annali Perugia* 1927, oggi in *Studi di dir. civ. e comm.*, Napoli 1953.

GRECO, *Lezioni di diritto commerciale*, Torino 1941-43, lit.

GROSSO e DEIANA, *Le servitù prediali*, Torino 1952, in *Trattato* VASSALLI (è imminente una 2ª ed., di cui non si è potuto tenere conto).

HUC, *La cession et la transmission des créances*, Parigi 1891, t. I.

JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Parigi 1930, II.

KLEIN, *Die Rechtshandlungen in engerem Sinne*, Monaco 1912.

KOHLER, *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stoccarda 1891.

LABBE', *De l'exercice des droits d'un débiteur par le créancier*, in *Rév. crit. leg. et jurispr.*, 1856.

LAROMBIERE, *Obligations*, Parigi 1885, II.

LAURENT, *Principes de droit civil*, 3ª ed., Parigi e Brusselle 1878.

LEBEL, *De l'exercice des droits et actions du débiteur par les créanciers*, Parigi 1885.

LEBRUN, *Traité des successions*, Parigi 1692.

LOMONACO, *Delle obbligazioni*, Napoli e Torino 1912, nel *Trattato* FIORE.

LOUET, vedi BRODEAU.

MAGNO, *Successione nel diritto soggettivo*, in *Arch. giur.* 1952.
MARCADE', *Explication du code Napoléon*, 5ª ed., Parigi 1885, IV.
MAROI, vedi DE RUGGIERO.
MASUCCI, *L'azione surrogatoria nel nuovo cod. civ.*, in *Riv. dir. priv.* 1943.
MAYNARDO, *Notables et singulieres questions du droict escrit decidees et jugees par arrests de la cour du Parlement de Tholose*, Parigi 1638.
MENGONI, *Acquisto a non domino*, Milano 1949.
— *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. com.* 1954, I.
MERLIN, *Repertorio generale*, tr. it., Venezia 1836.
MERLINO M., *De pignoribus et hypothecis*, Venezia 1661.
MESSINA, *Diritti potestativi*, voce in *Nuovo Digesto italiano*.
MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3ª ed., Milano 1948.
— *Manuale di diritto civile e commerciale*, 8ª ed., Milano 1950.
MINERVINI, *Contributo alla dottrina della procura irrevocabile*, in *Annuario dir. comp.* 1949.
— *Il mandato*, Torino 1952, in *Trattato* VASSALLI.
— *Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche private*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1953.
MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli 1955.
MISPOULET, *De l'exercice des droits et actions du débiteur par le créancier*, Parigi 1875.
MORNAC, *Observationes in quatuor priores libros codicis ad usum fori gallici*, Parigi 1721, IV.
MOURLON, *Répétitions écrites sur le code civil*, 12ª ed. a cura DEMANGEAT, Parigi 1885.
MÜHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*, 3ª ed., Greifswald 1836.
NAPOLETANI, *Dell'esercizio dei diritti del proprio debitore*, in *Gazz. Trib.* 1870.
NICOLO', *Adempimento dell'obbligo altrui*, Milano 1936.
— in *Commentario* SCIALOJA e BRANCA, sub art. 2740, e sub art. 2900 (la parte sub art. 2740 è giunta alla 2ª ed.).
— e GIORGIANNI, *Usufrutto*, voce in *Nuovo digesto italiano*.
OLEA, *Tractatus de cessione jurium et actionum*, Vienne 1701.
PACCHIONI, *Trattato delle obbligazioni*, Torino 1927.
— *Addizione* II a BAUDRY LACANTINERIE et WAHL, *Mandato*, tr. it.
PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 4ª ed., Firenze 1908.
PEREZIUS J. C., *Praelectiones in XII libros codicis*, 1ª ed. it., Venezia 1738.
PERIER, *De l'exercice par le créancier des droits et actions de leur débiteur en droit romain et en droit français*, Parigi 1884.

PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, 2ª ed., Roma 1928.
PINO, *Il patrimonio separato*, Padova 1950.
PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, a cura RIPERT e BOULANGER, 4ª ed., Parigi 1952, II.
PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, RADOUANT, GABOLDE, *Traité pratique de droit civil français*, VII, *Obligations*, II, Parigi 1931.
POTHIER, *Le pandette di Giustiniano*, tr. it., Venezia 1841.
— *Oeuvres*, Parigi 1845.
POUSSET, *De l'exercice des droits et actions du débiteur par le créancier*, Parigi 1875.
PUGLIATTI, *Conflitto di interessi fra principale e rapp.to*, in *Annali Messina* 1928.
— *Esecuzione forzata*, Milano 1935.
— *Diritto civile. Metodo* ecc., Milano 1951. Ivi: *Atto di disposizione* ecc.; *Sulla rappresentanza indiretta*; *Fiducia e rappresentanza indiretta*; *Considerazioni sul potere di disposizione*.
REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano 1952.
REGIS, *Dizionario legale*, Torino 1817 e sgg.
RENUSSON, *Traité des propres*, Parigi 1681.
RICCI, *Corso teorico pratico di diritto civile*, 3ª ed., Torino 1912, vol. VI.
RICHERI, *Universa Jurisprudentia*, Torino 1781.
ROCCO, *Il fallimento*, Torino 1917.
RODRIGUEZ A., *Tractatus de concursu, et privilegiis*, Ginevra 1664.
ROUSSEAUD DE LACOMBE, vedi DU ROUSSEAUD DE LACOMBE.
RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano 1939.
— *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, Torino 1952, in *Trattato* VASSALLI.
SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino s. d. 1947.
— *La buona fede*, Torino s. d. 1949.
SAGGESE, *La rappresentanza*, Napoli 1933.
SALANDRA, *Manuale di diritto commerciale*, Bologna 1948, I.
SALGADO, *Labyrinthus creditorum concurrentium*, Lione 1672.
SALVI, *La cessione dei beni ai creditori*, Milano 1947.
SANCHEZ ROMAN, *Estudios de derecho civil*, Madrid 1899, IV.
SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1954.
SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, 3ª ed., Roma 1948.
— *Diritto processuale civile*, 4ª ed., Padova 1954.
SCADUTO, *La rappresentanza mediata nell'acquisto dei diritti*, in *Riv. dir. com.* 1925, I.
SCHWEPPE, *Das System des Concurses der Gläubiger, nach dem gemeinen in Deutschland geltenden Rechte*, Gottinga 1829.

SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano comparato col diritto civile patrio*, 9ª ed., Roma 1914.

SERRES, *Les institutions du droit français*, 3ª ed., Parigi 1778.

SEUFFERT, *Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts*, Nördlingen 1881.

SOLA A., *Commentaria* (ai decreti ed ordinanze sabaudi), Torino 1595 e Torino 1607.

SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, Napoli 1937.

SOTGIU, *Cessione dei beni ai creditori*, in *Trattato* VASSALLI, Torino 1949.

STOLFI N., *Diritto civile*, III, *Obbligazioni*, Torino 1932.

— *Principii fondamentali dell'azione surrogatoria e dell'azione pauliana*, in *Gazz. Proc.* 1901.

STRYKIO, *Dissertationum juridicarum francofurtensium*, Firenze 1838 (diss. XXV, WEISBRODT, *De iure ex alterius persona permisso citra successionem vel cessionem*, 1683).

SURDO, *Decisiones sacri mantuani senatus*, Piacenza 1598.

TAMBOUR, *Des voies d'exécution sur les biens des débiteurs*, Parigi 1856.

TESSAURO, *Novae decisiones sacri senatus pedemontani*, Torino 1590.

TOULLIER, *Le droit civil français*, ed. Bruxelles 1847, tomo 5°.

TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 6ª ed., Padova 1952.

TRIMARCHI, *Atto e negozio giuridico*, Milano 1940.

TUHR (VON), *Allgemeiner Teil des deutschen bürg. Rechts*, II, I, Lipsia 1914.

VELLANI, *Sulla proposizione dell'appello in via surrogatoria da parte del creditore*, in *Giur. it.* 1953, I, I, 616 e sgg.

VENEZIAN, *Opere giuridiche*, II, Roma 1920.

— *Usufrutto*, 2ª ed., Torino 1936.

VENZI, note a PACIFICI MAZZONI (vedi).

VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1949.

VOET, *Commentarius ad Pandectas*, Vienne 1769.

Von TUHR, vedi TUHR (von).

WAHL, *Vertragsansprüche Dritter in franz. Recht*, in *Beiträge ausl. intern. Privatrecht*, Berlino Lipsia 1935.

WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, tr. it. FADDA e BENSA, Torino 1930.

ZUCCONI, *L'origine storica dell'azione surrogatoria*, in *Riv. dir. civ.* 1910.

— *Natura ed effetti dell'azione surrogatoria*, in *Riv. dir. civ.* 1911.

CAPITOLO I.

Determinazione del concetto di potere surrogatorio attraverso la storia

SOMMARIO: § 1. - Premessa. — § 2. - Il pignus nominis in causa iudicati captum, e il suo preteso legame con l'azione surrogatoria. — § 3. - Il progressivo snellimento della procedura per pignoris capionem di credito, ed il suo preteso legame con il sorgere dell'azione surrogatoria. — § 4. - L'ipoteca generale, e la pretesa azione surrogatoria generale del diritto comune. — § 5. - L'eccezione surrogatoria tra concreditori nel diritto comune, e il suo preteso carattere innovativo. — § 6. - Il precedente dell'eccezione surrogatoria concursuale nel diritto romano. — § 7. - Eccezione ed azione surrogatoria concursuale in Salgado e negli studiosi del fallimento. — § 8. - La pretesa azione surrogatoria generale nel droit coutumier francese. — § 9. - I procedimenti speciali apparentemente surrogatorii nel droit coutumier francese. — § 10. - Nascita dell'azione surrogatoria generale nella giurisprudenza francese del sec. XIX.

§ 1. - PREMESSA.

E' abbastanza noto che il nome di «azione surrogatoria» è improprio per due ragioni.

In primo luogo, infatti, il termine «azione» è inadatto ogniqualvolta il creditore (come la legge gli consente certamente di fare) (1) si tutela in via stragiudiziale (2).

(1) Argomenta ex art. 2900 cod. civ., 2° co. La dottrina è concorde: CICU, *Obbligazione* cit., p. 109; NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 29; MASUCCI, *L'azione surrogatoria* cit., n. 2; GIOIA, *L'azione surrogatoria* cit., p. 22. Non ritengo di citare in senso contrario quegli autori, che, pur dopo l'entrata in vigore del nuovo cod. civ., hanno classificato il fenomeno

In secondo luogo, l'espressione criticata lascia pensare ad uno speciale atto, od azione, contrassegnato da un tipico contenuto, o da una tipica petitio; mentre invece il nome di azione surrogatoria viene assunto da qualsiasi atto (costituzione in mora, domanda di revindica, di annullamento, ecc.), posto in essere dal creditore in base all'art. 2900 cod. civ. (e cioè, come si suol dire, utendo iuribus del debitore) (3) (4).

Bisognerebbe dunque parlare, in adesione alla prima critica, non già di un'azione surrogatoria, ma, con maggiore ampiezza, di un atto, o, meglio, di un procedimento surrogatorio (5).

Con riferimento alla seconda critica, bisognerebbe parlare, anzichè di azione surrogatoria (o di atto negoziale, fatto umano surrogatorio), di una situazione o posizione surrogatoria, in cui il creditore viene a trovarsi di fronte all'azione, all'atto, al fatto — in una parola, al procedimento — spettante al debi-

---

in esame nelle surrogazioni processuali (BETTI, *Teoria obbligazioni* cit., II, p. 148) o nelle sostituzioni processuali (GARBAGNATI, *La sostituzione* cit., p. 207, 225 e sgg., 266): questi scrittori infatti, più che negare l'aspetto stragiudiziale del fenomeno surrogatorio, l'hanno trascurato.

Sotto il cod. 1865 le opinioni non erano concordi, come non lo sono in Francia, dove manca un disposto del genere di quello contenuto nel nostro art. 2900, 2° co. (vedi infatti per la tesi negativa PLANIOL, *Traité élémentaire* cit., I, n. 280, nelle varie edd. originarie, e II, n. 1388 seg. delle edizioni curate da RIPET e BOULANGER).

Per le ragioni ora dette, PLANIOL, o chi si trovi nello stesso ordine di idee, può ben chiamare « action » indirecte il nostro istituto senza incappare nella stessa accusa di improprietà che può invece essere mossa al legislatore ed alla dottrina italiani.

(2) Vedi questo rilievo già in ZUCCONI, *Origine storica* cit., p. 756.

(3) Vedi già JOSSERAND, *Cours* cit., p. 322; più esplicitamente NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 20 e sgg., a cui rinvio.

(4) In questa trattazione si parlerà sempre di creditore per indicare la persona che procede in base all'art. 2900 cit.; di debitore per indicare il soggetto direttamente tenuto verso di lui; di terzo per indicare la persona, nei cui confronti sussiste una pretesa del debitore. Qualora venga in considerazione il solo rapporto fra debitore e terzo, si leggeranno talora le espressioni: « debitore avente diritto »; e « terzo obbligato ».

(5) Per un'estensione dell'istituto di cui all'art. 2900 cod. civ. a varii casi di atto non negoziale vedi NICOLÒ, sub art. 2900 cit., passim, ad es. p. 131. Per un'ulteriore estensione anche fuori di tali limiti vedi la presente monografia oltre, § 31.

tore; e, parallelamente, di un potere surrogatorio, spettante al creditore, di porre in essere quel dato atto e di ricorrere a quel dato procedimento.

Quanto all'espressione « surrogatorio », attribuita alla situazione ed al potere di cui ci occupiamo, essa non è nè molto elegante, nè molto chiara, ma non sembra possibile proscriverla dopo l'uso che ne ha fatto, oltre alla dottrina, anche il nuovo codice (6).

Si suole parlare indifferentemente di « azione surrogatoria » e di « esercizio dei diritti del debitore da parte del creditore » (7). Bisogna chiarire se i due termini sono equivalenti.

La frase « esercizio dei diritti ed azioni spettanti al debitore, ad opera del creditore » comprende anche, se presa alla lettera, l'esercizio svolto dal creditore in forza di procura rilasciata a scopo diverso dalla garanzia, od in forza di un potere di rappresentanza legale od organica; comprende inoltre l'esercizio della cosiddetta « azione diretta », e si estende infine all'attività antigiuridica del creditore, corrispondente ad un esercizio di diritti del debitore (reso possibile da una legittimazione apparente, ecc.). Non si può dire altrettanto della espressione « attività svolta in via surrogatoria, attività surrogatoria ».

---

(6) I termini surrogazione, surrogatorio, ricorrono a proposito di troppi e troppo diversi istituti (surrogazione personale di colui che ha pagato un debito altrui, surrogazione reale, legittimazione processuale speciale fondata sulla surrogazione, ecc.).

Com'è noto, il termine action subrogatoire è ormai desueto in Francia, dove si parla, piuttosto, di action oblique, o indirecte. Queste ultime espressioni, oltre al termine azione riflessa, ricorrono anche in qualche autore italiano. Cfr. ad es. BARASSI, *Obbligazioni* cit., III, n. 285 lettera *A*.

(7) Quest'ultima espressione è usuale in tutti i monografisti francesi del nostro istituto (cfr., oltre a LABBÈ, le varie tesi di dottorato dei LEBEL, PERIER, BOURGEOIS, BOSC, MISPOULET), ed in alcuni autori italiani (BERTOLINI, NAPOLETANI, ecc.).

Presso qualche autore italiano non recentissimo si incontra l'espressione « subingresso giudiziale » come equivalente di « azione surrogatoria » (per tutti LOMONACO, *Obbligazioni* cit., p. 443; STOLFI N., *Obbligazioni* cit., p. 335).

Per poter identificare i due termini, bisogna dunque restringere la categoria « esercizio del diritto del debitore ad opera del creditore », sottintendendo l'ulteriore precisazione « compiuto a scopo di garanzia ».

Inoltre, bisognerà superare quella concezione secondo cui il creditore procedente in via surrogatoria, lungi dall'« esercitare un diritto altrui », farebbe valere esclusivamente un diritto proprio (8).

Ma, anche con le limitazioni e le precisazioni di cui sopra, la reductio ad unum delle due categorie non sarà facile, perchè l'« esercizio dei diritti del debitore » si presta ad abbracciare ipotesi e figure nettamente estranee all'ambito dell'istituto surrogatorio.

Si pensi anzitutto al caso in cui un creditore gode di una speciale garanzia processuale o sostanziale (in virtù di pignoramento, pegno, sequestro, cessione di beni) su dati elementi del patrimonio del proprio debitore; ed è perciò legittimato ad esperire contro terzi talune azioni, a cui finora era legittimato il suo debitore (così ad es. se il pegno o la cessione di beni ha per oggetto un credito scaduto, la cui riscossione è affidata al creditore pignoratizio o cessionario dei beni). In tale caso, ove si ritenga che la titolarità del credito pignorato o ceduto rimanga pur sempre presso il debitore pignoratizio o cedente (9), e che il creditore garantito eserciti lo stesso credito

---

(8) Vedi oltre, §§ 10, 21, 32.

(9) Questa condizione si verifica secondo le teorie che vedono nella costituzione di pegno di credito una successione costitutiva, o nel pegno di credito un diritto sopra un diritto altrui (Bremer, *Das Pfandrecht und das Pfandobjekt,* Jena 1867, p. 36 e sgg.; Windscheid, *Pandette,* § 239, nota 10; von Tuhr, *Allgemeiner Teil* cit., II, I, p. 63; Ferrara, in *Riv. it. scienze giur.* 1904, p. 400 e sgg.; Romano Salv., *Natura giuridica del pegno di credito,* Milano 1928, p. 54 e sgg.; Rubino, *Il pegno* cit., p. 211; Cicu, *Obbligazione* cit., p. 87), o nella riscossione da parte del creditore pignoratizio un fenomeno di sostituzione sostanziale (Messineo, *Titoli di credito,* Padova 1928, p. 223, e ora in *Manuale* cit., § 104, n. 7; Di Pace, *Il pegno di crediti,* Padova 1939, p. 115 e sgg.); o, infine, ravvisa l'effetto della cessione dei beni ai creditori in un di-

pignorato o ceduto (10), si concluderà che il creditore garantito esercita un diritto del suo debitore. Non è detto, peraltro, che questo esercizio possa considerarsi un'applicazione del potere surrogatorio, dato che il potere surrogatorio del creditore, regolato dall'art. 2900 cod. civ., non esclude il debitore dall'esercizio del diritto (11).

Inoltre, per una ragione prevalentemente storica, si è spesso parlato di esercizio di diritti del debitore da parte del creditore anche con riferimento all'ipotesi in cui il creditore, cessionario od aggiudicatario del credito già spettante al proprio debitore, agisce contro il terzo. In tale caso, le concezioni moderne ci suggeriscono di dire che il creditore cessionario od aggiudicatario esercita un diritto proprio. Ma l'affermazione contraria fu un tempo assai comune, trovando le sue radici

---

stacco dello ius exigendi dalla titolarità (Salvi, *Cessione* cit., p. 139 e sgg.).

La condizione manca invece per chi vede nel contratto di pegno di crediti una cessione (secondo la teoria classica di Dernburg, *Pfandrecht* cit., I, § 60, Mühlenbruch, *Cession* cit., p. 519 e sgg.; nella dottrina recente cfr. Gorla, in *Assegnazione giudiziale dei crediti,* Padova 1933, p. 141 — vedi però l'indifferenza dello stesso autore, dopo la sua nota crisi di metodo, in *Comm.* Branca e Scialoja, sub artt. 2800 e 2801, p. 349 —) o un fenomeno affine alla cessione (Zappulli, in *Comm. al Codice* S. E. I., VI libro, sub art. 2800; Lordi, in *Comm.* D'Amelio, sub art. 2800).

In una posizione intermedia si deve trovare chi considera il creditore pignoratizio di credito contitolare del credito pignorato (Hellwig, *Die Verpfändung und Pfändung von Forderungen,* Lipsia 1883, p. 54 e sgg.).

(10) Questa condizione si verifica soltanto per chi accoglie il paradigma della sostituzione, o del distacco dello jus exigendi dalla titolarità (vedi nota prec.).

(11) Cicu, op. loc. ult. cit., contrappone il creditore pignoratizio a quello che procede in via surrogatoria proprio in quanto il primo eserciterebbe un diritto proprio, ed il secondo, un diritto altrui.

Tempo addietro, il nome di azione surrogatoria non implicava la esclusività del potere del creditore. Il valore del vocabolo ha subìto una trasformazione, in funzione dell'evoluzione dell'interpretazione data all'art. 1234 cod. civ. 1865; e parallelamente, si è ristretta in Francia la portata dell'espressione « exercice des droits et des actions du débiteur » (vedi oltre, § 10).

nella vecchia concezione dell'intrasmissibilità del credito (12).

Questi ondeggiamenti del vocabolario giuridico hanno talora oscurato la retta visione dello sviluppo storico dell'attuale procedimento surrogatorio.

La storia dell'esercizio del diritto altrui concesso a fine di garanzia e di esecuzione forzata è assai antica, se si ritiene di allargare l'ambito massimo di questo esercizio fino a comprendere gli effetti dell'aggiudicazione irrevocabile di crediti, o della cessione irrevocabile (coatta o volontaria) dei crediti.

Antico è del pari l'esercizio dei diritti altrui, inteso come attività spiegata da un creditore (non aggiudicatario nè cessionario del rapporto fatto valere) in ordine ad un diritto, dal cui esercizio il debitore è stato preventivamente escluso; o in ordine ad un diritto, su cui il debitore non può più compiere atti con efficacia verso il creditore (ad es.: riscossione della cifra — dovuta dal terzo al debitore — da parte del creditore, che ha ricevuto in pegno tale diritto e che ha notificato al terzo la costituzione del pegno).

E' invece recente la figura del potere di esercitare i diritti altrui, concessa al creditore garantito senza che per questo il debitore sia preventivamente escluso dal corrispondente esercizio, e salva l'opponibilità al creditore degli atti di disposizione (transazione, rinuncia) compiuti dal debitore sullo stesso diritto fatto valere dal creditore.

Più precisamente, la storia dell'azione surrogatoria in senso moderno è la storia del progressivo distaccarsi di tale istituto dalle garanzie, gravanti sui diritti del debitore, le quali importino l'esclusione del debitore dall'esercizio di tali diritti, o la inopponibilità al creditore degli atti di disposizione compiuti su tali diritti del debitore (13).

---

(12) Vedi un cenno storico sulla vanificazione progressiva di questo principio oltre nota 23 al § 33.

(13) Secondo un criterio talora implicitamente accettato dagli autori, si potrebbe anche affermare che questa opponibilità al creditore degli atti posti in essere dal debitore è condizione sufficiente e necessaria perchè si possa dire che il creditore esercita un diritto propriamente *altrui;* in quanto solo tale residua potestà del debitore lascerebbe

§ 2. - Il pignus nominis in causa iudicati captum, e il suo preteso legame con l'azione surrogatoria.

La dottrina italiana, sulle tracce di quella francese, riallaccia il procedimento surrogatorio al pignoramento di credito del periodo romano postclassico, noto nelle fonti sotto il nome di pignus nominis (1) in causa iudicati captum (2).

Com'è noto, il pignus in causa iudicati captum (succeduto storicamente alle procedure esecutive dell'emptio bonorum e della bonorum distractio) era il pegno costituito per ordine del giudice sui beni del debitore, in esecuzione del giudicato. In un primo tempo, esso poteva avere ad oggetto solo le cose

---

desumere che un diritto gli appartenga. Se così fosse, la categoria « esercizio del diritto del debitore ad opera del creditore » assumerebbe un significato particolarmente ristretto, non privo di punti comuni con il concetto di esercizio praticato in via surrogatoria.

(1) Ho sottolineato l'espressione *nominis,* perchè qualche autòre la omette, rendendo incomprensibile il motivo, per cui si è visto un legame storico fra l'istituto romano di cui nel testo e il procedimento surrogatorio. Un nesso fra pignus captum su cosa materiale ed il nostro istituto non è stato sostenuto da alcuno (vedi infatti le costituzioni imperiali comunemente citate in proposito dalla comune dottrina).

(2) Vedi identificato pignus nominis in causa iudicati captum, ed esercizio dei diritti del debitore da parte del creditore, in Domat, *Lois civiles* cit., to. X, l. II, ti. I, e Malleville, nei lavori preparatori al code civil (il primo aut. cit. menziona C. 8, 21, 1; l'ultimo, C. 4, 15, 2 e D. 42, 1, 15); in Italia il pignus nominis captum viene considerato come un germe, od un'origine dell'azione surrogatoria da Ferrara (*Natura giuridica* cit.), Cicu (*Obbligazione* cit., p. 90); la dottrina comune lo considera invece come un semplice precedente del nostro istituto (in questo senso Giorgi, *Obbligazioni* cit., II, p. 266, Demogue, *Obligations* cit., t. VII, p. 300, Cantoni, *Azione surrogatoria* cit., Zucconi, *Origine storica* cit., De Ruggiero, *Istituzioni* cit., III, p. 158, D'Avanzo, *Surrogatoria* cit., p. 9 a 16, Gioia, *Azione surrogatoria* cit., p. 27, ecc.).

Zucconi individua il precedente della surrogatoria non già nello ius exigendi affidato al curator, ma nel potere del curator di perseguire il terzo con un'azione di cognizione.

Qui non è il caso di insistere su altre ipotesi, imperniate del pari sull'origine romanistica dell'istituto; quali la teoria del Pacchioni (*Obbligazioni* cit., p. 133) sulla repressione dell'omissione fraudolenta; e la teoria dell'actio serviana, attribuita al Serafini, *Istituzioni* cit., § 92; e sostenuta dal Barletta, *L'azione surrogatoria* cit., p. 17 e sgg.

Questi ultimi insegnamenti non hanno avuto un seguito apprezzabile.

corporali, essendone invece esclusi crediti ed azioni, perchè intrasmissibili. Col tempo si ammise che, previa la vana escussione mobiliare ed immobiliare del debitore, il pegno giudiziale potesse gravare anche sui crediti non contestati, e sulle azioni. In seguito si ammise il pegno degli stessi crediti contestati. I crediti e le azioni pignorati venivano esercitati o venduti da appositi funzionarii.

Alla dottrina meno recente, che sosteneva addirittura la identità fra la situazione derivante dal pignoramento romano del credito, e la moderna situazione surrogatoria, è stato obbiettato che un'assimilazione perfetta dei due istituti è impossibile, sia perchè il pignoramento romano presupponeva un titolo esecutivo nelle mani del creditore, e la previa escussione mobiliare ed immobiliare del debitore; sia perchè, per diritto romano, l'esproprio a danno del debitore, la alienazione, la persecuzione del terzo, avvenivano ad opera di un funzionario, e non del creditore.

Su un piano diverso, taluno ha negato non solo l'identità, ma perfino il nesso genetico di derivazione storica, fra espropriazione forzosa del nomen, ed azione surrogatoria, sul riflesso che la pignoris capio avente ad oggetto un credito costituirebbe un antecedente dell'odierno pignoramento presso terzi, e non già, del fenomeno surrogatorio (3).

Queste obbiezioni hanno un valore vario: la prima si fonda sulla fattispecie che dà luogo al potere del creditore; la seconda, sulla distinzione fra il potere di compiere un atto, e l'aspettativa che un terzo (funzionario) compia l'atto; la terza, sulla differenza che passa fra un esercizio di diritti, dal quale esercizio è escluso il debitore, ed un esercizio di diritti, al quale sono legittimati cumulativamente il creditore procedente ed il debitore (4).

(3) Pacchioni, *Obbligazioni* cit., p. 133. Altri autori ammettono che il pignoramento di crediti romano coincida con il nostro pignoramento presso terzi, ma sostengono che quest'ultimo istituto e l'istituto surrogatorio risalgono ad una fonte storica comune (Zucconi, *Origine* cit., p. 766). Si noti che il pignoramento presso terzi viene considerato una sottospecie di fenomeno surrogatorio da autori anche recenti (Ricci, *Corso* cit., VI, p. 283; Castellini, *Azione surrogatoria* cit., p. 8). Per questi ultimi scrittori, la critica riportata nel testo si converte in un argomento a favore del nesso fra i due istituti.

Accolte queste ragioni di critica (decisive contro l'identità dei due istituti), e rinviata al seguito la questione, se il pignus nominis captum costituì almeno un anello nella genesi dell'azione surrogatoria, vien fatto di porsi una domanda: perchè l'attenzione degli studiosi si rivolse alle norme romane che consentirono la pignoris capio di credito, e non, ai più antichi principii romanistici sulla pignorabilità delle cose materiali? Tramite il procedimento surrogatorio si possono far valere rapporti tanto reali quanto obbligatorii: perchè dunque l'accertamento in giudizio, la vendita forzata, o la riscossione del credito sottoposto a capio dovrebbe accostarsi all'azione surrogatoria in misura maggiore che non l'accertamento in giudizio, o la vendita forzata, o l'esercizio in genere di un diritto reale pignorato?

La risposta non è difficile. La teoria dell'identità fra situazione derivante da pignus nominis in causa iudicati captum e potere di esercizio dei diritti del debitore ad opera del creditore si è sviluppata sotto l'impero del diritto comune (5); e in tale epoca il cosiddetto esercizio dei diritti del debitore era effetto di un trasferimento del potere esclusivo di azione (vedi su ciò oltre, § 8). Poichè, nello stesso periodo, era ancora in vigore il principio generale dell'intrasmissibilità del credito e dell'azione, i passi romani sulla pignoris capio di

(4) Fra i connotati distintivi dei due istituti posti in evidenza nel testo, il primo ed il terzo non mancano probabilmente di un legame. Tendenzialmente la fattispecie che dà luogo al potere del creditore condiziona in una certa misura la struttura (esclusiva o concorrente) del potere del creditore stesso. L'esclusione del debitore da ogni potere in ordine al rapporto fatto valere dal creditore è una conseguenza assai grave; perciò si tenderà ad ammetterla solo là dove sussista una idonea fattispecie (atto dell'autorità o consenso del debitore), od un diritto del creditore consacrato in un documento od in un atto solenne (titolo esecutivo).

Se ne avrà la riprova leggendo le pagine che seguono.

(5) Cfr. per tutti Domat, loc. ult. cit.

credito o di azione servirono soprattutto a legittimare, in deroga al criterio dell'incedibilità dei diritti personali (6), la cessione (volontaria o forzosa) di credito o di azione, effettuata a scopo di garanzia (7).

Pignoris capio o cessione di azione a fine di garanzia avevano ben poco in comune: i presupposti, il modo di esercizio, l'estinzione del potere del creditore seguivano criteri eterogenei. Ma i due istituti avevano in comune un aspetto: il carattere derogatorio rispetto al principio dell'intrasmissibilità del credito. L'invocazione dei passi romani serviva a giustificare la deroga ammessa dal diritto comune.

Bisogna ricordare ancora che l'intrasmissibilità del credito e dell'azione lasciava le sue tracce nella posizione giuridica dell'aggiudicatario o cessionario di credito, il quale figurava secondo i casi come mandatario, o procuratore, del debitore esecutato o del cedente; o godeva di un'actio utilis, mentre l'actio directa si configurava come spettante al debitore esecutato o al cedente; per cui era lecito dire che l'aggiudicatario, il cessionario, il mandatario, esercitavano un diritto formalmente altrui (8).

---

(6) A Roma l'assoggettamento del credito ad esproprio forzato non incontrò difficoltà speciali nella procedura della bonorum emptio, perchè l'emptor agiva e resisteva come successore fittizio a titolo universale (Gaio, IV, 35). Le difficoltà iniziarono quando fu ammesso l'esproprio di beni singoli.

(7) In altre parole, il pignoramento ed il successivo esproprio delle cose materiali si giustificò pianamente, per diritto bizantino e comune, in base al principio per cui i diritti reali erano trasferibili. La pignoris capio del nomen o dell'actio presupponeva invece il coordinamento dei principii generali sull'esecuzione con i principii sull'inerenza del nomen al creditore. Anche al tempo di Domat, e persino nel periodo della codificazione francese, qualsiasi potere del creditore sui crediti spettante al debitore doveva coordinarsi con i residui del regime di incedibilità dei crediti. Ciò spiega perchè i passi romani, concernenti la pignorabilità e l'espropriabilità dei crediti, fossero tanto utili per giustificare la cessione di azioni, realizzata mediante surrogazione del creditore al debitore.

(8) Se si volesse tener conto della spettanza dell'azione al cedente, bisognerebbe dire che l'esercizio del diritto del debitore da parte del creditore a scopo di garanzia risale almeno all'epoca in cui fu introdotto il pegno su crediti (più antico della pignoris capio). Tale pegno si realizzava mediante una cessione. Su ciò vedi oltre, §§ 3 e 4.

Si può concludere che il pignus captum nominis o actionis segnò un'importante tappa nel processo di assoggettamento dei crediti e delle azioni all'esproprio forzato, ma non ha nulla a vedere con l'azione surrogatoria moderna. Se così di frequente si è invocato il pignoramento romano di credito per spiegare la facoltà, spettante al creditore, di esercitare le ragioni del debitore, ciò è dovuto al fatto che questa figura di pignoramento serviva a documentare, genericamente, la soggezione del credito all'esproprio forzato, e, in modo più lato, la trasmissibilità del credito e dell'azione per finalità di garanzia (9).

§ 3. - Il progressivo snellimento della procedura per pignoris capionem di credito, ed il suo preteso legame con il sorgere dell'azione surrogatoria.

Negata l'identità concettuale fra potere del creditore fornito di pignus captum, e potere surrogatorio, una parte della dottrina fa però derivare quest'ultima figura da una *semplificazione* della procedura romana di esproprio conseguente alla pignoris capio nominis.

Come si è visto pocanzi, la teoria che identifica pignoris capio nominis e surrogazione del creditore è stata criticata,

---

(9) Tracce evidenti di questa identificazione fra principio dell'esercizio del diritto del debitore, e trasmissibilità del credito per fine di garanzia si trovano in quegli autori, successivi alla codificazione francese, secondo i quali:

a) l'art. 1166 costituirebbe null'altro che un'eccezione al principio nemo alteri stipulari potest, contenuto nell'art. 1165 (cfr. per tutti Delvincourt, *Institutes* cit., p. 268; e nota come tali autori avessero dalla loro la significativa espressione « néanmoins », con cui l'art. 1166 inizia!);

b) l'applicazione normale dell'art. 1166 sarebbe data dall'ipotesi, in cui il debitore dia al creditore mandato di perseguire il terzo (Mourlon, *Répétitions* cit., n. 1170 e seg.);

c) l'esercizio di diritti previsto dall'art. 1166 sarebbe un atto esecutivo, in tutto equivalente al pignoramento di credito e di azione (Labbe', *Exercice* cit., ed i suoi seguaci).

fra l'altro, perchè il procedimento contro il terzo obbligato veniva condotto, per diritto romano, da un curator; o perchè la pignoris capio nominis presupponeva l'inutile escussione mobiliare ed immobiliare del debitore. E' logico, pertanto, attendersi che questi stessi critici riconoscano la presenza dell'azione surrogatoria là dove l'esecuzione forzata su credito prescinda da tali formalità.

Orbene, nel medio evo, a partire da una certa epoca, le formalità in esame vennero, ad una ad una, abbandonate. Più precisamente, intervennero le seguenti innovazioni:

a) La previa escussione mobiliare ed immobiliare del debitore non fu più richiesta (1).

b) La vendita o la riscossione del credito fu operata dal creditore, anzichè da funzionarii (2).

c) Il pignoramento (così almeno insegna la comune dottrina) cessò di essere necessario (3).

---

(1) Vedi citati passi di GUIDO PAPA, CUIACIO e ANTONIO FABRO in ZUCCONI, *Origine storica* cit., p. 770; ed un passo di IMBERT, in CANTONI, *Azione surrogatoria* cit., p. 14 nota 5. Tali passi dovrebbero dimostrare che la prassi dei sec. XVI e forse XV contraddiceva sul punto al diritto romano; e che il diritto francese consuetudinario, a sua volta, se ne discostava. Contra però DE OLEA, *De cessione* cit., IV, n. 8; MERLINO, *De pignoribus* cit., li. II, ti. I, qu. XXX, n. 29 e 38 (inopportunamente citato per la tesi opposta dallo ZUCCONI, op. cit., p. 774, il quale si è lasciato trarre in inganno da un'espressione contenuta nel n. 22 della medesima questione); PEREZIUS J. C., *Praelectiones* cit., I vol., in lib. IV, XV; DEL CASTILLO, *Repertorium* cit., li. 4, cap. 61, n. 81; MORNAC, *Observationes* cit., IV, XV, IV, e inoltre tutti gli autori ricordati dal GIORGI, *Obbligazioni* cit., II, p. 266. Come si vedrà oltre, anche per diritto romano il requisito in esame non era richiesto quando si trattasse di pegno convenzionale. Taluni dei passi invocati a favore di una pretesa innovazione operata dagli autori del diritto comune si riferiscono in verità al pegno convenzionale.

(2) Tutti gli autori del diritto comune parlano senz'altro del creditore che si rivolge al terzo. Il dato indicato nel testo è assolutamente pacifico.

(3) LABBE', *Exercice* cit., dall'inizio a p. 214; GIORGI, *Obbligazioni* cit., II, p. 266. Quest'affermazione è eccessiva. Il passo di DONELLO, cit. da LABBE', suggerisce semplicemente di ricorrere al pegno convenzionale per raggiungere quegli effetti, per cui il pignoramento giudiziale è insufficiente; i passi di DUPARC POULLAIN e degli altri aut. fran-

d) Il requisito della confessione del terzo venne meno, salva, in un primo tempo, la nomina di un curator destinato a promuovere il giudicato, perseguendo il terzo mediante un'azione di cognizione (4).

e) Anche il curator, in un secondo tempo, fu abolito (5).

La successione cronologica delle varie innovazioni viene ricostruita in modo diverso dai varii autori. Per quanto riguarda le innovazioni sub *c*) e successive, non è nemmeno pacifico se abbiano avuto luogo per un fenomeno (diciamo così) interno, di semplificazione della procedura esecutiva, o se esse costituiscano un effetto della generalizzazione dell'obligatio bonorum del debitore.

Talune di queste innovazioni (considerate a sè, prescindendo cioè dalla obligatio bonorum) vengono messe in relazione con l'origine dell'azione surrogatoria, o almeno con la creazione di un precedente di questo istituto (6).

---

cesi ivi citt. sono evidentemente influenzati dalla ipoteca generale spettante al creditore.

Quanto al GIORGI, egli non motiva la sua opinione, che probabilmente si è fondata sulla dottrina del LABBE'.

(4) Questa soluzione è additata dalla GLOSSA a C. 4, 15, 2: « Quid si (debitor debitoris) negat? respondeo: dabitur curator bonis qui actiones moveat et exerceat ».

Tuttavia, anche in epoca più recente, si ritornò a parlare del requisito della confessio (ad es. MORNAC, *Observationes* cit., IV, XV, IV).

(5) Vedi in BALDO, *Commentaria* cit., ad C. 4, 15, 2, l'inciso: « ..et poterit ipsemet creditor esse curator... ». La nostra dottrina afferma che in seguito il creditore esercitò ipso iure le facoltà riservate al curatore (cfr. ZUCCONI, op. cit., p. 769, e dietro di lui CICU, op. cit., p. 90, e D'AVANZO, op. cit., p. 15 e sgg.). I passi invocati dallo ZUCCONI a suffragio della tesi non provano nulla: infatti egli cita DONELLO, il quale non riconosceva al creditore alcun potere di procedere contro il terzo (le espressioni di DONELLO riferite dallo ZUCCONI concernono il pegno convenzionale!); ed un passo dello STRIKIO, il quale non tocca propriamente il punto in esame.

(6) Secondo qualche autore, l'azione surrogatoria (ovvero l'esercizio dei diritti del debitore) sarebbe sorta quando furono aboliti: l'intermediazione dei funzionarii incaricati della realizzazione del diritto di credito espropriato, ed il presupposto della pignoris capio (rimanendo invece in piedi i requisiti della condanna del debitore, della sua inutile escussione, e della confessione del terzo). Vedi in questo senso:

Per negare ogni possibile accostamento fra procedura esecutiva romana semplificata ed azione surrogatoria moderna, sarebbe sufficiente ricordare che la prima importò pur sempre un potere esclusivo del creditore, fondato sul pignoramento (7); e la conseguente inopponibilità al creditore di ogni atto di disposizione successivamente compiuto dal debitore.

Ma si può spingere l'indagine oltre, per vedere quale sia stata la funzione storica della semplificazione della procedura esecutiva avente ad oggetto un credito od un'azione.

A questa particolare domanda si deve rispondere con le parole stesse dello Zucconi, secondo cui in quest'epoca « le

---

Demogue, *Traitè* cit., t. VII, p. 300; Giorgi, *Obbligazioni* cit., II, p. 266; Castellini, *Azione surrogatoria* cit., p. 10. Così già Labbe', *Exercice* cit., secondo cui, peraltro, sarebbe caduto anche il requisito dell'escussione.

Secondo altri autori, la semplificazione dell'esecuzione romana su credito (dovuta all'abolizione della previa escussione e dell'intermediazione del funzionario, al venir meno del requisito della confessio del terzo ed all'eliminazione del curator destinato a perseguire il terzo con un giudizio di cognizione) creò solo un antecedente storico della surrogatoria, o, tutt'al più, un'azione surrogatoria speciale, mentre l'azione surrogatoria come istituto di portata generale sarebbe dovuto all'interferenza della semplificazione in esame con l'istituto della ipoteca generale. Cfr. Ferrara, *Natura giuridica* cit., p. 141 (che trascura l'abolizione della confessio del terzo e le sue ulteriori conseguenze); Zucconi, *Origine storica* cit., p. 768 a 770, che insiste su tutti quattro i passaggi; Cicu, *Obbligazione* cit., p. 90 e D'Avanzo, *Surrogatoria* cit., p. 15 (che però non insistono sull'abolizione del requisito dell'escussione). Lo Zucconi ed il Cicu considerano l'azione di cognizione che il creditore intenta contro il terzo come un'azione surrogatoria a portata limitata (come incidente di esecuzione).

Il Cantoni presenta la semplificazione in esame (però negando il venir meno della previa escussione del debitore, almeno in questa fase) come uno dei passi attraverso a cui si prepara la futura azione surrogatoria. Egli però considera l'istituto della obligatio bonorum (da lui tenuta distinta dall'ipoteca generale) anteriore a questa semplificazione; pertanto, nel suo sistema non è possibile ricostruire gli effetti dello sviluppo storico considerato nel testo, separati dalle complicazioni portate dall'obligatio bonorum.

(7) La teoria secondo cui, per diritto comune, il creditore fu dispensato dal ricorrere al pignoramento, non è accettabile (cfr. retro, nota 3). Sul venir meno del requisito del pignoramento come conseguenza dell'ipoteca generale, cfr. oltre nel testo.

due specie di pegno convenzionale e in causa iudicati captum vengono quasi ad equivalersi » (8).

Questa proposizione si giustifica pienamente, perchè il creditore titolare di pegno di credito ebbe sempre, fin dal sorgere dell'istituto (e cioè fin dall'epoca romana classica) (9), il potere di perseguire senza intermediazione di funzionarii il terzo obbligato (10), nè si dovette mai sottoporre all'eccezione di previa escussione.

Ma allora, se il pignus nominis captum in tanto può costituire un precedente del fenomeno surrogatorio in quanto si è dapprima ridotto allo schema di un pignus nominis datum, e se è vero che il pegno convenzionale di credito determinò in ogni epoca una situazione assai più simile alla situazione surrogatoria, di quanto non lo fosse il potere del creditore munito di pignus nominis captum, non sarebbe in ogni caso più opportuno far risalire i precedenti del nostro istituto al pegno convenzionale, anzichè al pignoramento romano giudiziale?

La risposta a questa domanda è necessariamente positiva (11); con la conseguenza che tutte le ricerche della co-

---

(8) Zucconi, *Origine storica* cit., p. 770. Si ricordi che nel sec. XVI Donello (ad Cod. 4, 15, 2) suggeriva di ricorrere al pignus datum anzichè al pignus captum quando il terzo non fosse confesso.

(9) Non inganni in contrario la comune affermazione, secondo cui i classici non conoscevano altro pegno che quello su cosa corporale. Questa affermazione, infatti, non viene riferita al pignus nominis nè al subpignus, che vengono considerati come forme di cessione parziale o condizionale di credito o del diritto di pegno (cfr. Arangio Ruiz, *Istituzioni* cit., p. 267).

(10) Il creditore pignoratizio poteva certamente agire per la riscossione, (arg. ex C. 8, 16, 4; la dottrina è pacifica) mentre non è certo se potesse vendere. Su questo secondo punto le fonti sono tutte controvertibili (vedi Windscheid, *Pandette*, § 239, ed ivi citazioni della dottrina tedesca comune).

(11) Si può notare come il Cicu, *Obbligazione* cit., p. 90, affermi dapprima che il « germe storico della surrogatoria » sta nel pegno di credito; e che solo in seguito (p. 91) lo stesso autore prenda invece le mosse (meno opportunamente, secondo il mio punto di vista) dal pignoramento giudiziale.

mune dottrina sul pignus nominis in causa iudicati captum, e sulla sua successiva evoluzione, sono perfettamente inutili e fuori tema in una indagine storica relativa all'origine dell'azione surrogatoria.

§ 4. - La ipoteca generale, e la pretesa azione surrogatoria generale del diritto comune.

Un insegnamento oramai recepito nella dottrina italiana vuole che, una volta giunta alla sua perfetta semplificazione la vecchia procedura romana di esecuzione sui crediti, tale procedura abbia risentito il contraccolpo di un nuovo fondamentale istituto, e cioè dello strumento guarentigiato, che attribuiva al creditore esecuzione parata ed ipoteca generale sui beni del debitore (1). In virtù di tale nuova istituzione il creditore avrebbe potuto esercitare le azioni del debitore contro qualsiasi terzo, senza bisogno di sottoporre a pignoramento il singolo diritto fatto valere, nè di ottenere la condanna del debitore, nè di attendere la scadenza del debito principale: con il risultato che il procedimento da lui esperito avrebbe acquistato attitudine ad una duplice funzione: esecutiva, o conservativa, a seconda dei casi (2).

Il diritto di garanzia del creditore avrebbe a sua volta portato, come logica e necessaria conseguenza, la sua legittimazione all'esercizio di tutte quelle azioni che si rendono ne-

(1) Così sopratutto Zucconi, *Origine* cit., p. 773, seguito dal Ferrara, *Azione* cit., loc. ult. cit.; Cicu, *Obbligazione* cit., loc. ult. cit.; D'Avanzo, *Surrogatoria* cit., p. 16 e sgg. Il Cantoni, con qualche maggior rispetto della cronologia, antepone lo sviluppo della obligatio bonorum, o garanzia generale convenzionale, alla semplificazione della procedura di esproprio (*Azione* cit., p. 9 e sgg.).

(2) Secondo Cantoni, op. cit., p. 15 e sgg., alle due distinte funzioni corrispose, per un certo tempo, una duplicità di poteri; ma poi questi poteri si fusero ed unificarono di nuovo. Anche quest'ultima vicenda storica non abbisognerebbe, secondo l'aut. cit., di una particolareggiata dimostrazione, in quanto « nell'incontro, nell'assunzione sotto una regola generale, i due principii *naturalmente* (il corsivo è mio) perdettero le qualità loro caratteristiche » (p. 16, n. 18).

cessarie per impedire un ingiusto depauperamento del patrimonio del debitore (3).

Questa legittimazione sarebbe largamente provata da una massa di passi di autori del sec. XVII (De Olea, Acosta, Gaito, Cancerio, Merlino, ecc.).

Il potere in esame, spettante al creditore, sarebbe un vero potere surrogatorio generale, in tutto simile a quello regolato dai codici oggi vigenti.

Le affermazioni così riassunte non reggono alla critica.

L'ipoteca generale legale (impropriamente chiamata tacita) era largamente utilizzata nel diritto romano postclassico, e non era ignota nemmeno al diritto romano classico (4); nello stesso diritto classico era regolata ed applicata l'ipoteca generale convenzionale (5); tale ipoteca generale copriva tutti i beni dei debitori, ivi compresi i crediti (6); ipoteca generale, pegno generale, obligatio bonorum erano, presso i Romani e nella fase del diritto comune, nomi diversi di un unico istituto (7).

(3) Cantoni, op. cit., p. 17; Zucconi, op. ult. cit., p. 774; D'Avanzo, op. cit., p. 18.

(4) L'ipoteca generale fu ammessa, per diritto classico, soltanto a favore del fisco (D. 49, 14, 46, 3; C. 8, 14, 1 e 2); poi fu estesa a favore degli incapaci sul patrimonio dei loro tutori e curatori; a favore della moglie sul patrimonio del marito per la restituzione della dote (C. 5, 37, 20; C. 5, 12, 30); ed a varie altre ipotesi (C. 5, 9, 8, 3 e 4; Nov. 7, 3, 2; ecc.).

(5) Vedi D. 20, 1, 6; C. 8, 16, 9; D. 20, 1, 15, § 1; C. 7, 73, 3. La molteplicità dei problemi trattati dalle fonti in tema di interpretazione dell'espressione « Omnia quae habeo habiturusve sum » ci lasciano intendere che l'istituto era di frequente applicazione.

(6) C. 8, 16, 4.

(7) Ad alcuni studiosi della storia del nostro istituto difettò perfino questa elementare nozione. Si vedono menzionati, quali « studiosi dell'istituto *francese* dell'obligatio bonorum », scrittori francesi perfettamente al corrente dell'identità delle varie figure.

A proposito del pignus tacitum omnium bonorum, di cui parla Cuiacio, si legge che « siffatto istituto era conosciuto col nome... di obligatio bonorum e che *un notevole parallelismo* esiste fra essa e l'ipoteca generale quale nella sua evoluzione si era venuta formando nel diritto romano » (Cantoni, *Azione surrogatoria* cit., p. 13; il corsivo è mio).

Il creditore titolare di pegno generale era titolare di un diritto di pegno sulle cose e sui crediti presenti nel patrimonio del debitore. Egli aveva, su tali cose e crediti, diritti non maggiori e non minori di quelli spettanti ad un comune creditore pignoratizio (8). Se questa premessa è esatta, non si vede ancora come l'ipoteca generale abbia dovuto produrre, proprio nel sec. XVII, un'azione surrogatoria (nuova rispetto ai preesistenti istituti) svolgendola dal precedente pegno (o pignoramento, che fosse) di credito.

Se il titolare di pegno speciale su cosa o su credito non era titolare di un potere surrogatorio relativo alle azioni poste a tutela dei diritti reali o dei crediti, non si vede perchè il titolare di un pegno generale gravante su tutte le cose ed i diritti del debitore abbia dovuto godere di un diverso trattamento.

Cade così la tanto decantata necessità logico-storica che, una volta istituita la ipoteca generale derivante dagli strumenti guarentigiati, ne derivasse automaticamente il rimedio conservativo dell'azione surrogatoria generale (9).

---

(8) « Il pegno su un patrimonio si riduce a tanti pegni sulle singole unità patrimoniali ». (PEROZZI, *Istituzioni* cit., I, p. 824, nota 1).

(9) Vedi le affermazioni, sintomaticamente enfatiche, di varii autori: « A che pro obbligare tutti i beni del debitore al creditore, se quello, trascurando l'esercizio dei suoi diritti, rende nulla la garanzia? in tal caso è necessario quindi che il creditore possa di per sè far valere tutti i diritti del debitore » (CANTONI, *Azione surrogatoria* cit., p. 17).

« Coll'ipoteca generale sorge a favore del creditore un vincolo generale sui beni tutti del debitore. Questo vincolo sarebbe illusorio se non si permettesse al creditore di intervenire con la propria azione a reintegrare il patrimonio su cui vanta un diritto reale. Quindi la facoltà di agire sui nomina et iura, non solo esecutivamente per pagarsi, vendendoli o esigendoli, ma anche conservativamente, per evitare la perdita, esercitandoli, in luogo e per conto del debitore » (ZUCCONI, *Origine storica* cit., p. 774).

« Se non poteva disconoscersi il diritto dei creditori ad avere un pegno generale sui bona nomina et actiones spettanti al loro debitore, non poteva negarsi la facoltà di esercitare essi stessi i diritti e le azioni del debitore per il raggiungimento dello stesso scopo cui tendeva quella garanzia generale. La connessione tra questa e la surrogatoria non potrebbe a nostro avviso essere più evidente » (D'AVANZO, *Surrogatoria* cit., p. 18).

Invero, se tale necessità logico storica fosse tanto evidente, l'azione surrogatoria sarebbe coeva della stessa ipoteca generale romana (10), e se ne ritroverebbe l'applicazione in tutto il territorio ed in tutte le epoche in cui ebbe applicazione il diritto comune (11). E, si aggiunga, nello stesso sec. XVII non avrebbe dato luogo a tutte le difficoltà e le esitazioni che,

---

(10) Le fonti romane tacciono dei poteri spettanti al creditore in costanza di ipoteca generale, finchè il credito generale non è scaduto. Certo, lo jus vendendi non si esercitava avanti alla scadenza, e lo jus possidendi (quanto alle cose materiali) non era concesso in base al pignus omnium bonorum. Il problema sorge per i crediti venuti a scadere nel frattempo, oltrechè per le varie azioni (specie se temporanee), e sorge, infine, per i diritti di ogni genere, usciti dal patrimonio del debitore prima della scadenza del debito principale (nega il diritto di seguito PEROZZI, *Istituzioni* cit., I, p. 824, nota 1, ma senza motivare; per la tesi opposta, con sufficiente dimostrazione, SERAFINI, *Istituzioni* cit., § 9 in fondo). Vedi nella nota seguente come questi problemi si siano ripresentati agli autori germanici del tardo diritto comune.

(11) Mentre gli scrittori germanici del diritto comune si limitarono a discutere:

se, in costanza di ipoteca generale, e prima della scadenza del debito principale, gli oggetti materiali dati a pegno possano essere perseguiti con l'azione ipotecaria in caso di pericolo di perdita (sul punto, la bibliografia è ampia, e si propende per l'affermativa. Vedi per tutti MÜHLENBRUCH, *Cession* cit., p. 526);

se il creditore titolare di pegno su credito singolo potesse effettuare la denuntiatio prima della scadenza del debito principale (per l'affermativa tanto DERNBURG, *Pfandrecht* cit., p. 512, quanto MÜHLENBRUCH, *Cession* cit., p. 526);

se il creditore munito di pegno *generale* godesse dello stesso potere nei confronti dei debitores debitoris (per la negativa DERNBURG, op. loc. cit., in base alla presunta intenzione delle parti che hanno costituito la garanzia);

se, dopo la scadenza del debito principale, il creditore procedente debba limitare le denuntiationes rivolte ai debitores a quanto si renda necessario per la concreta garanzia del suo credito; o se possa cautelarsi per un ammontare maggiore (per l'affermativa MÜHLENBRUCH, op. loc. cit., per ragioni di equità e di scopo dell'istituto; contra DERNBURG, op. loc. cit.).

Come si vede, la protezione del creditore ipotecario prescindeva da qualsiasi apparato a sfondo surrogatorio.

come si vedrà tra breve, la stessa opinione comune rintraccia in De Olea e negli altri scrittori (12).

In definitiva, nessuna imprescindibile necessità costringe lo storico ad abbinare l'idea del pegno generale con l'idea di un potere surrogatorio del creditore, suscettibile di esercizio prima e dopo la scadenza del debito principale. La teoria, secondo cui il diritto comune avrebbe conosciuto l'azione surrogatoria, deve quindi essere vagliata mediante un'analisi delle fonti.

In proposito viene citato, come simbolo dei nuovi tempi, il seguente inciso di Merlino: « ex ipsa bonorum obligatione competere utilem personalem actionem contra debitorem debitoris ex persona ipsius obligantis » (13). Ma questo inciso deve essere collocato nell'insieme del passo, nel quale, a poche righe di distanza (14), si precisa che tale spettanza dell'azione al creditore presuppone la condanna del debitore principale, l'infruttuosa escussione del suo patrimonio, e la confessione del terzo. L'effetto dell'obligatio bonorum si manifesta quindi solo dopo la condanna. L'opinione del Merlino, come quella

(12) Nè si obbietti che lo strumento guarentigiato differisce dalle fattispecie romane, in quanto produce l'effetto della esecuzione parata. A tale obbiezione si dovrebbe infatti replicare:

— in primo luogo, che il De Olea, il Cancerio, e gli altri autori che avrebbero tramandato le prime applicazioni dell'azione surrogatoria non si riferiscono certo ad un creditore assistito da uno strumento produttivo di esecuzione parata;

— che l'istituzione dello strumento guarentigiato importa, se mai, una moltiplicazione dei titoli esecutivi riconosciuti dal diritto, ma non incide sulla struttura dei poteri riservati al creditore munito di tale titolo.

Si osservi che l'obbiezione, di cui si è dato carico nella presente nota, non è affacciata in questi termini da alcuno degli studiosi dell'azione surrogatoria; tuttavia qualche autore tende a mettere in relazione il vigore, che si attribuisce all'ipoteca generale, con gli ulteriori effetti degli strumenti guarentigiati (Cicu, *Obbligazione* cit., p. 91, e altri).

(13) Zucconi, *Origine* cit., p. 775. Il passo di Merlino è tratto da *De pignoribus* cit., lib. II, qu. 30, n. 22.

(14) Al n. 29 dello stesso passo.

dei suoi contemporanei (15), era più rigorosa di quanto non comportasse il diritto romano, il quale dispensava il titolare di pegno (singolo o generale) dall'escussione, e dal requisito della confessione del terzo. Si è che nel sec. XVI si era ristretta la tutela del creditore applicando, anche al pegno generale, talune regole del pignus captum, anzichè le più comode regole del pegno convenzionale (16).

L'insegnamento del Merlino si riduce all'affermazione che *dopo la condanna del debitore* l'azione trapassa dal debitore al creditore ex ipsa obligatione bonorum, cioè senza bisogno di cessione. Questa affermazione consente di contrapporre Merlino al De Olea, secondo il quale le azioni non trapassano absque cessione. Si è voluto vedere nell'insegnamento del Merlino una vistosa innovazione. In realtà, per diritto romano, il pegno generale, ove avesse ad oggetto anche crediti od azioni, trasferiva senza ombra di dubbio, non diversamente dal pegno speciale, l'azione dal creditore al debitore, (17) con efficacia dal momento della denuntiatio (la quale peraltro doveva aver luogo, secondo una sensata congettura, solo dopo la scadenza dell'obbligazione principale) (18).

Se nel diritto comune si prese a credere nella necessità della cessione (19), questa nuova idea deve essere considerata come un affievolimento della vecchia efficacia dell'obligatio bonorum. Vedere un'innovazione nel concetto opposto (della non necessità di tale cessione) costituisce un vero errore. Il nuovo requisito della cessione fu dovuto forse ad una più ri-

(15) Perezius, *Praelectiones* cit., I vo., in lib. IV, XV. Del Castillo, *Repertorium* cit., lib. 4, cap. 61, n. 81; ecc.

(16) Vedi criticata questa erronea applicazione delle regole romane in Dernburg (*Pfandrecht* cit., p. 513), che la vedeva approvata in A. Fabro ed in varii autori germanici recenti.

(17) Vedi retro, note 8 e 10; e cfr. C. 8, 16, 4, ben esplicito sul punto.

(18) Vedi retro; nota 11.

(19) De Olea, *De cessione* cit., loc. ult. cit.; però con temperamenti (non si chiede la cessione se il debitore è assente o ricusa di effettuarla); Acosta, *De privilegiis* cit., ma con temperamenti (non si chiede la cessione, se il debitore è fallito); e varii altri autori.

gida equiparazione fra pegno di cose e di credito (il pegno di cosa, com'è noto, non importa cessione) (20).

Si può quindi dire che nel sec. XVII sono rappresentate due tendenze: quella fedele ai principii romani, che riconnette il trapasso del potere di azione al pegno seguito dalla scadenza dell'obbligazione principale, e dalla denuntiatio; e quella innovatrice (involutiva), che esige, dopo il pignoramento, un'apposita cessione convenzionale di azione (21).

Manca qualsiasi prova che questo atto di cessione con finalità di garanzia si praticasse prima della scadenza del debito principale (22): ma, se anche si fosse praticato in tale momento, esso avrebbe avuto il carattere di un *trasferimento* pro solvendo, e non già, di un modo di legittimazione del creditore all'esercizio di diritti *altrui* (23). Qualsiasi promiscuità

(20) A. FABRO, in *Codex* cit., li. IV, ti. X, def. II, p. 300, ammette che il pegno (generale o speciale) su credito determini trasferimento di azione utile. Nel li. VIII, ti. XIV, def. 1 (p. 927) chiarisce però che, secondo la sua personale opinione, il creditore dovrebbe esperire contro il terzo l'azione ipotecaria; e dice di acconciarsi all'insegnamento opposto solo in quanto lo vede costantemente accolto dal Senato piemontese. Secondo DE OLEA (op. cit., ti. IV, qu. IV, n. 38) il creditore ipotecario può solo distrarre il credito, ma non può riscuoterlo (tranneche gli siano stati consegnati i documenti del credito o ceduta l'azione, n. 39). Egli presenta quest'ultima opinione come preferita dai pratici, mentre quella opposta sarebbe preferita dai teorici.

(21) Il CANTONI (op. cit., p. 15 e seg.), in presenza delle due correnti di cui nel testo, sembra credere che il creditore potesse liberamente scegliere l'uno o l'altro dei rimedii consigliati dai due diversi gruppi di autori; ed attribuisce alle due procedure distinte funzioni (esecutiva per l'uno, e conservativa per l'altro).

(22) Come vorrebbe invece, in modo affatto gratuito, lo ZUCCONI, op. loc. ult. cit. In generale, la cessione può avvenire in qualsiasi momento, in base ai principii generali. Ma nel testo mi riferisco alla cessio di cui si occupa il DE OLEA nei passi citati, ossia alla cessione coatta, ed eventualmente fittizia, a scopo di garanzia (dico « coatta ed eventualmente fittizia » perchè in caso di rifiuto del debitore il negozio si aveva per avvenuto).

(23) Addirittura priva di senso mi sembra l'obbiezione mossa dallo ZUCCONI, op. cit., p. 777, secondo cui « posto anche che una cessione fosse stata... necessaria, essa si riduceva a null'altro che ad una cessione dell'esercizio dell'azione, ad una autorizzazione ad agire ».

di poteri fra creditore e debitore è estranea al diritto dell'epoca, ed ogni affermazione apparentemente contraria, reperibile negli autori, costituisce un'enfatica enunciazione verbale, la quale, non appena se ne accerti con qualche cura l'ambito e la portata, si svuota di contenuto, per ridursi al generico principio romanistico sull'astratta assoggettabilità del credito e dell'azione alla procedura esecutiva di esproprio (24).

In definitiva, il sec. XVII (almeno alla stregua dei passi e

(24) Le tre enunciazioni più adatte a fuorviare lo storico risalgono a DE OLEA, MERLINO ed ACOSTA.

Il primo riporta da autori precedenti la nota enunciazione « facultates et jura quae competunt debitoribus communia esse eorum creditoribus, posseque ad suum commodum ex personis debitorum utiles eorum actiones exercere » (*De cessione* cit., ti. IV, qu. III, n. 32), ma si affretta ad aggiungere: « id namque intelligendum est, facta per debitores cessione ».

Un altro passo oscuro si trova nel ti. IV, qu. IV, n. 35, dove si legge l'inciso (destinato a chiarire il punto di vista di altri autori, dei quali egli non condivideva l'opinione): « ...ut si creditor et debitor ad exigendum concurrunt, potior sit causa creditoris ». Lì per lì si potrebbe pensare a soggetti, muniti di legittimazione concorrente. Il richiamo a D. 13, 7, 18 fa vedere chiaro che qui si tratta di un vero conflitto fra il potere di azione civile del creditore cedente a titolo di pegno, e l'eccezione pretoria concessa al terzo. A Roma, come si è osservato, il potere di eccezione derivava dallo stesso pegno, mentre DE OLEA esige un'apposita cessione. Gli autori da lui criticati concedono l'azione al creditore (e l'eccezione al terzo) secondo i requisiti ordinariamente richiesti da ognuno di essi (ad es. per MERLINO, citato male da DE OLEA, occorreva condanna del debitore, sua confessione, e sua escussione; per A. FABRO, occorreva cessione e notifica; e così via).

Del MERLINO mi sono già occupato (sopra, p. 20 nel testo). Egli afferma « ex bonorum obligatione competere utilem personalem actionem contra debitorem debitoris ex persona ipsius obligantis » (*De pignoribus* cit., li. II, qu. 30, n. 22), ma poi aggiunge che quest'effetto si realizza solo quando il debitore sia condannato ed escusso, ed il terzo sia confesso (n.i sgg., soprattutto n. 38).

L'ACOSTA, nell'affermare che i creditori possono esercitare le eccezioni del debitore anche contro la sua volontà, motiva con un altisonante « tum quia non debet esse in facultate debitoris fraudare creditorem, neque illius renuntiatio creditoribus nocere debet » (*De privilegiis* cit., n. 94). Ma, come si vedrà oltre, tanto quel potere di esercizio del creditore, quanto la repressione dell'inerzia del debitore, debbono intendersi limitati all'ipotesi di conflitto fra più creditori.

delle circostanze finora prese in esame) non fece passi in avanti verso un'azione surrogatoria generale, o verso una legittimazione del creditore all'esercizio delle azioni del debitore: la garanzia del creditore si realizza pur sempre attraverso allo ius vendendi, alla cessione convenzionale (spontanea o coatta) di azione o di diritto, od al trasferimento legale dei relativi poteri (25), giustificati da un pignoramento convenzionale (sia pure, tacito), o forzato.

§ 5. - L'eccezione surrogatoria tra concreditori nel diritto comune, e il suo preteso carattere innovativo.

Dopo aver negato la pretesa necessità logica del legame fra obligatio bonorum ed azione surrogatoria, e dopo aver negato che determini passi degli scrittori dei secc. XVI e XVII (solitamente invocati dagli storici) affermassero in modo generale il potere surrogatorio del creditore, restano da considerare gli altri passi, contenenti i singoli esempi di poteri esercitati dai creditori.

Gli studiosi ricordano a questo titolo l'esercizio di una facoltà, che nulla ha a vedere con l'oggetto di un potere surrogatorio, e cioè il pagamento del canone enfiteutico dovuto dal debitore (1); ed inoltre ricordano la proposizione di nu-

(25) Naturalmente, l'azione ceduta non poteva essere se non un'actio utilis, in base ai principii del diritto romano e comune. Si può consentire con l'affermazione che tale distinzione corrisponda ad un mero verbalismo. D'altronde questo verbalismo può spiegare la locuzione « esercizio di diritti altrui », riferita all'esercizio del cessionario.

(1) Vedi questo esempio in ZUCCONI, *Origine storica* cit., p. 775 in fondo, CANTONI, *Azione surrogatoria* cit., p. 16. La facoltà del creditore, di pagare il canone pel debitore, viene riconosciuta dal DE OLEA, *Cessione* cit., ti. IV, qu., III, n. 23, MERLINO, *De pignoribus* cit., li. IV, qu. LXXVI, n. 8 e sgg., ecc. Accade di veder citato in questo senso anche SURDUS, *Decisiones* cit., CLXXIV, n. 32, il quale dice esattamente l'opposto: egli, pur ammettendo con larghezza l'efficacia del pagamento del terzo, esclude la legittimazione del terzo a pagare il debito enfiteutico

merose eccezioni. Questi poteri del creditore vengono presentati come una prova del pieno accoglimento del principio surrogatorio nel diritto comune. Si rileva (quasi a titolo di curiosità) che il De Olea (ammettendo il creditore all'esercizio *delle eccezioni* del debitore absque cessione) fa all'eccezione un trattamento opposto a quello riservato al diritto ed all'azione; tuttavia si minimizza la differenza in esame (2).

Bisogna invece mettere in evidenza, in primo luogo, che *tutti* i poteri dei debitori, suscettibili di esercizio da parte dei creditori senza previo trasferimento legale o convenzionale, menzionati dagli autori noti agli storici dell'istituto, consistono nel proporre eccezioni (non potendo essere ridotta ad un vero potere la facoltà di pagare il canone enfiteutico). Bisogna aggiungere che tutti gli autori citati dagli storici contrappongono con chiarezza estrema l'univoca legittimazione all'azione (che deve essere esercitata, prima del trasferimento, dal suo titolare originario, e, dopo il trasferimento, dal cessionario convenzionale o legale) e la doppia legittimazione del creditore e del debitore alla proposizione dell'eccezione, con piena coscienza che tale contrapposizione è solidamente fondata nella tradizione giuridica. Bisogna infine prender nota che tutti gli autori citati limitano il potere surrogatorio all'ipotesi di conflitto fra i diversi creditori ed aventi diritto, i quali si contendono reciprocamente il diritto di partecipare all'esecuzione sui beni del debitore, o di sottrarre all'esecuzione, mediante revindica, i beni posseduti dal debitore. Ciò

(ciò, per non pregiudicare il diritto del concedente alla ricognizione).

Viceversa, si trascura di citare il SALGADO, *Labyrintus* cit., IV, I, n. 27 e sgg., il cui pensiero è particolarmente interessante per la chiara presa di posizione sulla qualifica dell'« actus solvendi domino » quale « actionem intentare ».

(2) Cfr. ad es. la disinvoltura dello ZUCCONI, *Origine* cit., p. 30: « I creditori, in pratica, avranno trovato assai agevolmente il modo di giustificare la loro azione facendo divenir regola quell'esercizio *absque cessione* che dovrebbe essere stato semplice eccezione ».

vale per De Castro (3), Rodriguez Am. (4), Acosta (5), Cancerio (6), Del Castillo (7), Gaito (8), De Olea (9), Tonduto, per la

---

(3) De Castro P., *Commentaria* cit., ad C. 4, 30, 15: in sede di concorso, sono proponibili dai creditori le eccezioni, ma non le azioni, spettanti al debitore. Così lo interpreta anche Salgado (*Labyrinthus* cit., IV, 1, 14), sulla base del *Comm.* in l. 1 C. ne fisc. vel privat. Il Brunnemann ricostruisce il pensiero del De Castro in modo alquanto diverso, cfr. *Commentarius* cit., in C. 4, 30, 15; egli ritiene che il De Castro abbia concesso al creditore concorrente anche un'*azione* concursuale surrogatoria: facendo dire al De Castro ciò che dirà invece, più tardi, il Salgado (su ciò vedi oltre).

(4) Rodriguez A., *Tractatus* cit., P. I, art. I, p. 204 e sgg.

(5) Acosta, *De privilegiis* cit., praef. ad reg. I, n. 94 e sgg.: vedi la contrapposizione tra personalità dell'azione ed esperibilità ad opera del creditore delle eccezioni spettanti al debitore al n. 99; e l'esemplificazione dei diversi tipi di conflitto, in cui tali eccezioni possono essere sollevate, ai n. 100, 101, 102.

Altri passi dello stesso autore contengono solo apparentemente un riferimento ad un esercizio surrogatorio di diritti. Cfr. infatti reg. 3, lim. 3, n. 59 e sgg., dove in realtà si discute se determinate addizioni, successive al pignoramento, formino o meno oggetto del diritto derivante dal pignoramento: in ogni caso, del resto, la lite si svolgeva fra un creditore ipotecario ed un altro pignoratizio; cfr., anche più evidentemente, reg. 1, amp. 4, n. 30 e seg.; reg. 3, amp. 28 (che talora si vede cit. come 25), n. 73.

(6) Cancerio, *Variarum* cit., I, cap. XVI. Ivi, elencando le eccezioni al principio che nessuno può far valere un diritto altrui senza averne il mandato, aggiunge che tuttavia il creditore può sollevare eccezioni contro un altro creditore « in causa aggraduationis bonorum debitoris »; e ivi richiama C. 4, 30, 15, per aggiungere che, se anche tale passo parla della sola exceptio non numeratae pecuniae, tuttavia lo stesso principio vale per ogni eccezione perentoria.

(7) Del Castillo J., *Repertorium* cit., li. 4, cap. 61, n. 81: « Creditor quilibet potest *per viam excipiendi* pro jure suae prioris hypothecae comparere, et alium creditorem impedire, etiam non obtenta prius sententia contra suum principalem debitorem, etiam non facta discussione bonorum illius ».

(8) Gaito, *Tractatus* cit., ca. IV, n. 1827; ove si legge che il creditore può sollevare ex persona debitoris l'eccezione non numeratae pecuniae. La limitazione al conflitto fra più creditori è insita nell'intitolazione del quesito XI (ca. IV, introd.), dove si domanda se un creditore possa sollevare l'eccezione in esame nei confronti di un creditore anteriore.

(9) Che De Olea ammetta l'automatica estensione delle sole eccezioni è noto. E' forse meno risaputo che sentì il bisogno di riaffermare in modo assai polemico il suo punto di vista in una apposita appendice (ti. IV, qu. III, post n. 9), inserita nelle ultime edizioni del suo *De ces-*

giurisprudenza catalana (10), ecc.

Non è poi esatta la corrente affermazione, secondo cui solo i creditori ipotecarii avrebbero avuto questo potere di sollevare eccezioni.

Gli storici sono stati vittima di un equivoco, dovuto alla seguente circostanza. Per lo più, i conflitti fra creditori avvenivano per iniziativa di un creditore con ipoteca successiva, che cercava di sopraffare un altro creditore con ipoteca anteriore; gli studiosi hanno confuso l'id quod plaerumque accidit con una regola di diritto, e ne hanno tratto nuovo argomento per la derivazione dell'azione surrogatoria dall'ipoteca generale (11).

Si discute se l'esercizio dei poteri del debitore ad opera del creditore, qual'è descritto dagli autori citt., fosse indirizzato al conseguimento del dovuto, od alla semplice conservazione del patrimonio del debitore (12).

La questione sembra oziosa, una volta precisato che tale esercizio di potere si esplicava in caso di conflitto fra più

---

sione cit. per controbattere l'opposta tesi del Salgado. La lettura di quest'appendice consente di escludere nel modo più rigoroso che per l'aut. cit. il differente trattamento delle azioni e delle eccezioni si riducesse ad un'inezia trascurabile. Egli è cosciente della tradizione istituitasi in tale senso, e la fa risalire al Bertazolo.

Anche per De Olea l'eccezione ex persona debitoris è limitata all'ipotesi di conflitto fra creditori. Infatti egli indica come proprio modello Cancerio (ti. IV, qu. III, n. 24), e ne riporta l'inciso, già noto al lettore « adversus alium creditorem in causa graduationis bonorum debitoris »; oltre, (n. 26), egli afferma che i creditori della donna maritata possono impugnare gli atti conclusi fra la stessa ed il marito « si ad bona mulieris concursus sit creditorum ». Negli altri passaggi tale limitazione appare sottintesa.

(10) Vedi notizie sulla prassi del senato catalano in Salgado, *Labyrinthus* cit., IV, I, n. 14.

(11) Solo il De Castillo sembra alludere in modo generale ed astratto al presupposto dell'ipoteca come requisito per il trapasso dell'eccezione dal debitore al creditore. Nella esemplificazione, richiamano il conflitto fra creditori ipotecarii l'Acosta, e talora il De Olea. Non effettuano tale richiamo nè il Cancerio, nè il Gaito. Non nomina tale requisito il Salgado, *Labyrinthus* cit., IV, I, là dove fa un'esposizione (e poi una critica vivacissima) dello stato della dottrina del suo tempo sul trapasso delle azioni e delle eccezioni.

(12) Vedi considerazioni in Ferrara, *Natura giuridica* cit., p. 143.

creditori procedenti in sede concursuale, o in cause di graduazione e di riparto.

Così individuati la portata ed i limiti dell'eccezione surrogatoria fra concreditori, possiamo domandarci se essa abbia rappresentato una notevole innovazione storica, di cui portino il merito gli autori del diritto comune; e se tale innovazione storica costituisca un'importante tappa nell'evoluzione che dovrà portare all'azione surrogatoria generale del diritto moderno.

Contrariamente a quanto si suole ripetere, la risposta deve essere negativa, come si vedrà fra breve.

§ 6. - Il precedente dell'eccezione surrogatoria concursuale nel diritto romano.

Il diritto giustinianeo conosceva l'eccezione proposta in via surrogatoria fra concreditori.

Basti citare, a questo proposito, C. 4, 30, 15 (1). Ivi si suppone che un debitore, a cui spetti l'eccezione non numeratae pecuniae, non la faccia valere (cfr. l'inciso « etiam debitore supersedente eo rimedio uti »). Nel corso di una procedura concursuale, la medesima eccezione potrà essere sollevata:

a) dai creditori che (in virtù del pignus praetorium) posseggono i beni del debitore, qualora il sedicente creditore, a cui può essere opposta la eccezione, agisca per ottenere a sua volta il compossesso.

b) dai creditori che, privi del possesso dei beni del debitore, vogliono agire contro il sedicente creditore già al possesso dei beni.

(1) C. 4, 30, 15: Si cui non numeratae pecuniae competere possit exceptio, etiam eo supersedente tali auxilio uti, vel praesente vel absente, creditores eius possint (sive ipsi conveniantur, utpote res eius detinentes, ab his qui debita eius exigunt, cui competit huiusmodi exceptio vel dotis vel alterius causae nomine, sive contra alios possidentes aliquam actionem ipsi moveant) possint in examinando negotio suis adversariis eandem non numeratae pecuniae exceptionem opponere nec eo prohibeatur, quod principalis debitor ea numquam usus est: ita tamen, ut neque principali debitori neque fideiussori eius aliquid praeiudicium generetur, si is qui eam exceptionem opposuit victus fuit, sed possint illi postea, si conveniantur, intra statuta scilicet tempora eadem se exceptione tueri.

Trattasi di una costituzione giustinianea del 529.

Il frammento in esame, a sua volta, ha il suo significativo precedente storico nella situazione documentata da D. 43, 4, 1,5 (2).

Con riferimento all'epoca classica, le eccezioni mosse vicendevolmente fra più concreditori dell'insolvente secondo D. 43, 4, 1, 5 cit. non possono dirsi sollevate in via propriamente surrogatoria, dato che tali contestazioni non potevano determinare la formazione di un giudicato, nè alcun'altra conseguenza giuridica nella sfera del debitore (3).

(2) Tale frammento, nel regolare gli effetti della missio in possessionem pretoria, attribuisce a qualsiasi creditore il mezzo per ottenere e difendere tale possesso. Nel contempo, esso chiarisce che « si ob falsum creditum... missus est in possessionem vel si exceptione summoveri potuit, nihil ei debet prodesse hoc edictum ». Ne deriva che, in questa fase, l'eccezione spettante al debitore giovava indirettamente ad altri, e più precisamente ad un creditore il quale si trovava in conflitto con un altro (preteso) creditore, in quella fase propriamente concursuale che, come si vedrà fra breve, precedeva l'esproprio.

Nè vi è ragione per ritenere che D. 43, 4, 15 sia interpolato, tanto più che Gaio (IV, 177) fa un chiaro riferimento a conflitti fra creditori, aventi ad oggetto le contestazioni reciproche sul buon diritto a prendere parte agli atti preliminari all'esproprio.

(3) Nell'epoca classica, in via di massima, l'esecuzione concursuale sui beni avveniva attraverso varie fasi, di cui ci interessano in questa sede: la missio in possessionem concessa ai creditori; di poi, l'emptio bonorum. L'emptor si considerava successore a titolo universale del debitore, e ne pagava i debiti nella misura percentuale prestabilita al momento della addictio.

Dopo l'addictio, l'emptor faceva valere ragioni ed eccezioni del debitore non già in via surrogatoria, ma in via diretta quale successore fittizio. Il debitore era estromesso sia dalle azioni sia dalle eccezioni. I creditori non avevano interesse ad opporsi al riconoscimento (da parte dell'emptor) dei crediti spettanti ad altri, poichè questo riconoscimento non valeva a diminuire la percentuale fissata definitivamente nell'addictio.

Però, nella fase anteriore all'addictio, i singoli creditori avevano qualche potere individuale: soprattutto, potevano chiedere, ottenere, e far valere la missio in possessionem. Reciprocamente, potevano resistere al creditore, a cui fosse concessa una missio in possessionem in base a titolo viziato. Di qui il passo di Gaio cit. Nel far valere il vizio della missio in possessionem altrui, il creditore precedentemente missus in possessionem poteva anche far valere le eccezioni che oggi chiameremmo

Un dubbio potrebbe se mai formularsi in ordine alla esperibilità in via surrogatoria delle *azioni* spettanti al debitore. A questo proposito si può infatti ricordare che, in epoca classica, anche dopo che i creditori erano immessi al possesso dei beni, il debitore, fino al momento della emptio bonorum, poteva pur sempre agire contro i terzi (D. 42, 3, 3; D. 42, 3, 5; C. 7, 71, 2) (4). Ove fosse provato che in tale fase anche i creditori missi in possessionem potevano esperire le medesime azioni, si riconoscerebbe la presenza di una legittimazione concorrente fra creditore e debitore. La questione ora enunciata deve essere però risolta in modo negativo (5).

sostanziali (all'infuori, però, di un regolare giudizio, e senza possibilità di promuovere la formazione del giudicato; l'eccezione serviva a scagionarlo dall'illecito consistente nel resistere ad altro creditore missus in possessionem).

Gli effetti dell'eccezione erano dunque ben diversi, a seconda che l'eccezione stessa fosse invocata dal missus in possessionem, o sollevata dal debitore (a cui si può equiparare il bonorum emptor). Si può dire che i passi esaminati concedevano al missus il potere di tutelare la propria detenzione (o possesso che fosse; la questione è controversa), ma non già la sfera giuridica del debitore.

(4) L'autenticità di questi frammenti è provata dal Solazzi, *Concorso* cit., II, p. 68 e sgg., sulla base di alcuni passi dell'orazione ciceroniana pro Quinctio, che ci tramanda, fra l'altro, l'inciso di un editto pretorio.

(5) E' pacifico che il missus non avesse l'*onere* di promuovere liti per acquistare i beni alla massa (D. 42, 5, 13, secondo cui, quando è difficile ai creditori ottenere il possesso di un bene, o non è possibile ottenerlo « sine controversia », il possesso si finge; in questo senso Solazzi, *Concorso* cit., II, p. 10, e ivi altre citazioni).

E' però discusso il punto reciproco: aveva il singolo missus il *potere* di agire contro il terzo? La questione viene posta dagli storici in questi termini: la missio coinvolgeva, oltre ai diritti, le azioni?

Com'è noto, il diritto giustinianeo affermò che il pignus praetorium (succeduto per evoluzione alla missio in possessionem) colpisce anche crediti e azioni, e tale principio venne presentato come un'innovazione. Un'autorevole voce afferma peraltro che l'innovazione fu solo illusoria; che il missus in possessionem non era possessore, e che perciò la generica ed elastica situazione di cui era titolare poteva far presa su diritti e azioni; mentre il creditore che avesse il pignus praetorium fu concepito quale possessore in senso tecnico, per cui, se si volle conferire un pignus praetorium anche su crediti ed azioni, si dovette dirlo espressamente. Così, lungamente, Solazzi, *Concorso* cit., I, tutto il cap. VII. Egli, a p. 240, afferma: « E' indubitabile che la classica missio in

Nell'epoca giustinianea, abolita l'addictio all'emptor bonorum, la garanzia dei creditori aveva cessato di consistere nell'azione concessa contro l'emptor. Inversamente, aveva acquistato importanza la partecipazione alla missio, per due diverse ragioni:

1°) la missio fondava a favore del creditore un vero possesso (6);

2°) i creditori intervenuti nella fase della missio ricevevano un trattamento preferenziale (C. 7, 72, 10, § 1 e 2).

In quest'epoca storica, ove i creditori missi in possessionem agiscano contro i terzi, essi fanno valere diritti ormai preclusi al debitore, e quindi non si può dire che agiscano in via surrogatoria (7).

Viceversa, quando un creditore al possesso dei beni resiste contro un altro (preteso) creditore, per impedirgli di farsi avanti a spartire le spoglie del debitore, egli fa valere eccezioni (8)

bona si estendeva ai crediti e alle azioni del debitore ». (Vedi anche lo stesso autore a p. 149 e sgg. Ivi bibliografia).

Rimane il fatto che la missio era protetta con azioni in ordine alle sole cose, mentre (avesse o meno ad oggetto crediti ed azioni) i crediti non potevano mai essere fatti valere dai singoli creditori contro i terzi (Solazzi, op. cit., p. 150). La missio in possessionem, per quanto concerne azioni e crediti, non si sarebbe estrinsecata se non nella aspettativa che azioni e crediti formino oggetto dell'emptio e dell'addictio.

(6) Su questo punto, per l'epoca giustinianea, vedi ancora Solazzi, *Concorso* cit., p. 194 e seg.

(7) E' poi addirittura ovvio che, quando uno o più creditori privi della possessio agiscano contro altri creditori già muniti della possessio, i primi fanno valere un diritto esclusivamente proprio (infatti, nella sfera del debitore non sussiste nè è mai sussistita un'azione analoga).

(8) Vari elementi fanno pensare che il creditore avesse veramente un potere generale di eccepire, ancorchè C. 4, 30, 15, parli della sola eccezione non numeratae pecuniae.

Un certo potere di avvalersi delle eccezioni spettava ai creditori già nella procedura dell'emptio bonorum, e perciò, a maggior ragione, esso doveva spettare nella procedura della distractio, in cui il vantaggio, che un creditore si procura col respingere un concorrente dal compossesso, era assorbente e definitivo. Si aggiunga che il (preteso) creditore, il quale volesse intervenire nel possesso, doveva agire contro i creditori possessori, e non, contro il debitore (arg. ex C. 4, 30, 15): per cui i primi dovevano pur avere, a fortiori, l'uso dei mezzi di difesa.

che permangono pur sempre nella sfera giuridica del debitore; ciò è tanto vero che, se il preteso creditore agisse contro il

Ciò premesso, queste illazioni sembrano confermate dal frammento C. 4, 30, 15 più volte cit.

Ad litteram, esso dice soltanto che il creditore (attore o resistente) può opporre ad altro creditore l'eccezione di non numerata pecunia. Però il passo, che nell'impostazione parla di questa sola eccezione, si riferisce poi, nella parentesi, ad un debitore cui compete una *qualsiasi* eccezione. Ciò fa pensare che l'exceptio non numeratae pecuniae non avesse un trattamento diverso dalle altre eccezioni.

Quanto alla disarmonia rilevata (menzione della sola exceptio n. n. p. in alcuni passaggi, ed allusione ad ogni tipo di eccezione in altri punti del frammento), credo di poter proporre la spiegazione che segue.

Mentre era pacifico che altre eccezioni potessero farsi valere dai creditori, qualche dubbio poteva sorgere per l'exceptio non numeratae pecuniae. Infatti essa attribuiva al convenuto un potere di disconoscimento della propria precedente dichiarazione, potere più strettamente legato alla persona del debitore, di quanto non avvenisse per altre eccezioni. Il debitore, sollevando l'eccezione n.n.p. non aveva l'onere di provarne il fondamento: ne segue che spesso il ricorrere o non ricorrere a tale rimedio si riduceva ad una questione di mera buona fede; per cui poteva ripugnare che il relativo potere fosse esercitato, invito debitore, da un terzo. Questa configurazione del problema potè far sorgere qualche perplessità, che poi fu superata da C. 4, 30, 15, cit., che equiparò l'eccezione in esame ad ogni altra eccezione.

La costituzione giustinianea del 529, se ebbe il limitato scopo di chiarire un dubbio, risolse forse, da principio, un caso pratico. Le espressioni generalizzanti, contenute fra parentesi (estensione dell'exceptio n.n.p. ad ogni altra eccezione, equiparazione del debitore assente al presente, irrilevanza dell'inerzia del convenuto) furono forse aggiunte quando tale costituzione fu inserita nel Codice; mentre l'estensione della legittimazione attiva all'eccezione dal creditore convenuto al creditore attore potrebbe essere frutto di una confusione fra querela ed eccezione, o potrebbe essere il residuo di una precedente formulazione del passo, in cui si concedeva non solo la eccezione, ma anche la querela n.n.p. ad ogni creditore concursuale.

A queste supposizioni non è di ostacolo la data della costituzione contenente il frammento citato (anno 529); in quanto il Codice non mancò di interpolare, occorrendo, anche le costituzioni immediatamente anteriori o contemporanee alla redazione del Digesto. Gli altri passi della stessa costituzione, riportati nel Codice, lasciano vedere che Giustiniano parlava della querela non meno che dell'eccezione (C. 4, 30, 14, tratto sempre dalla medesima costituzione, dopo aver sancito il termine per l'*eccezione* de n.n.p., conclude « ut eo lapso nullo modo querela n.n.p. introduci potest »). Il che mostra: o che Giustiniano ha confuso anche qui querela ed exceptio (per la confusione fra querela

debitore, anzichè in sede concursuale, con un'azione di cognizione intentata prima o dopo la chiusura del concorso, il debitore potrebbe far valere le identiche eccezioni che possono essere sollevate dai concreditori (9).

Ci si deve domandare se, per effetto di questa legittimazione concorrente, il giudicato ottenuto contro il debitore operasse contro gli altri creditori, e il giudicato ottenuto contro gli altri creditori nuocesse o giovasse al debitore.

Qualora si potesse affermare la reciproca insensibilità del-

ed exceptio n.n.p. nel diritto giustinianeo vedi, con ricchezza di prove, COLLINET, *La nature des querelae des origines à Justinien*, in *Studia et doc. Historiae et juris* 1953, n. 31) o che il frammento citato ha subito qualche rimaneggiamento.

Comunque sia di questi rimaneggiamenti subiti dalla costituzione del 529 cit., resta il fatto che i creditori sollevavano gli uni contro gli altri le eccezioni spettanti al debitore.

(9) Purtroppo, la dottrina romanistica non ci parla della legittimazione spettante al debitore nel corso della procedura concursuale. L'opera più diffusa sull'argomento (SOLAZZI, *Concorso* cit.) lascia il lettore un po' perplesso. La rubrica n. 7 del cap. XVIII, visibile nell'indice del libro IV, dice precisamente, con riguardo all'epoca giustinianea « Il debitore ha perduto il diritto di difendersi dopo la missio in bona ». Però nel testo corrispondente a tale numero (cfr. p. 194 e seg.) non si enuncia (nè si vuole dimostrare) una massima così ampia. Forse l'autore voleva riferire la rubrica a quelle azioni reali, che possono essere esperite soltanto contro l'attuale possessore. Si noti che per lo stesso autore il debitore dell'epoca classica conservava la facoltà di difendersi anche dopo che i creditori avevano appreso i suoi beni, finchè non fosse intervenuta l'addictio al bonorum emptor (op. cit., II, p. 68, e ivi citazioni di fonti perfettamente probanti). Ciò premesso, mi sembra che tutto il frammento citato C. 4, 30, 15 si muova nella logica della doppia legittimazione. Altrimenti si spiegherebbe male l'« etiam eo supersedente tali auxilio uti ». Supponiamo per scrupolo che quel « supersedente » si riferisca (con minore rispetto della grammatica) ad un'inerzia anteriore al concorso; resterebbe a favore della legittimazione del debitore l'inciso « sed possint illi postea eadem se exceptione tueri ». Sempre per scrupolo potremmo domandarci se quel postea non si riferisca al periodo successivo alla chiusura del concorso (la chiusura del concorso, com'è noto, non estingueva i debiti): ma la risposta deve essere negativa, perchè il postea, e tutta la proposizione che segue, si riferiscono anche al fideiussore, il quale poteva certamente essere convenuto pel pagamento durante il concorso, e poteva logicamente sollevare l'eccezione n.n. p.

l'esperimento dell'eccezione ad opera dei diversi soggetti interessati (creditori; debitore), si dovrebbe anche concludere che ognuno di essi faceva valere il rimedio processuale con efficacia in una sfera esclusivamente propria, e la natura surrogatoria del relativo procedimento ne sarebbe di certo compromessa.

Si può peraltro ritenere:

a) che l'eccezione proposta dal creditore giovasse, se accolta, anche al debitore (10);

b) che, se il debitore veniva convenuto e proponeva l'eccezione, il giudicato pronunciato dopo l'apertura del concorso giovasse o nuocesse (a seconda dei casi) ai creditori (11).

Dall'insieme delle cose dette, risulta che al debitore, contro cui operasse la missio in possesionem, spettava pur sempre un certo potere di disposizione (visibile nell'ipotesi di controversia giudiziale), con cui egli poteva sottrarre al creditore l'eccezione in questione.

Quest'ultimo dato mostra che l'eccezione apparteneva propriamente alla sfera giuridica del (solo) debitore, e che il creditore la faceva valere in via meramente surrogatoria.

Un'unica grave differenza di ordine concettuale sussiste fra l'eccezione proposta in via surrogatoria nel concorso romano, e l'eccezione proposta in via surrogatoria nel giudizio moderno.

---

(10) Altrimenti, non si spiegherebbe l'inciso con cui Giustiniano dice che *la reiezione* dell'eccezione non nuoce al debitore.

(11) Questa seconda affermazione sembra fondata per due motivi: in primo luogo, perchè una norma diversa presupporrebbe o la perdita del potere di stare in giudizio spettante al debitore (e si è già escluso che questo fenomeno avesse luogo): o una radicale innovazione dei principi sull'efficacia del giudicato (innovazione che, nel silenzio delle fonti, non possiamo supporre). In secondo luogo, il solito passo C. 4, 30, 15, si riferisce pur sempre alla inerzia del debitore, e non allude mai all'ipotesi di giudizio già pendente fra creditore e debitore in punto all'exceptio non n. p. nè all'ipotesi di collusione fra creditore e debitore, rivolta a determinare la formazione del giudicato.

Nè si obbietti che, se il debitore era privato del potere di disporre direttamente dei suoi beni, sarebbe stato incongruo lasciarlo disporre indirettamente, mediante collusione con i creditori. Tale incongruenza sussisteva certamente durante la missio in possessionem dell'epoca classica, e non stupisce che i giustinianei abbiano ereditato questo istituto alquanto imperfetto.

La prima veniva sollevata dal creditore in un giudizio diverso da quello, in cui poteva essere esperita dal debitore.

La fungibilità pressochè perfetta dell'attività processuale del creditore e del debitore, quale sussiste (come si vedrà a suo tempo) nel diritto moderno, mancava dunque nel diritto romano.

Fino al XVI secolo la legge citata (C. 4, 30, 15) sollevò un interesse limitato. Gli autori, quando non la trascurarono del tutto (12), omisero qualsiasi rilievo sul fenomeno, ivi regolato, della eccezionale legittimazione del creditore (13).

In questo periodo, merita però rilievo un inciso di Baldo (14), che estende il potere di eccezione del creditore dal caso del «debitore absente» a quello del «debitore contradiciente», e così altera la linea dell'istituto, escludendo il debitore da ogni residuo potere di disposizione sull'eccezione, e trasformando il potere surrogatorio del creditore in potere *proprio* (il che si muove nella logica di un diritto del creditore sui beni del debitore, munito di una certa autonomia rispetto alla posizione del debitore; autonomia che diviene tanto più sensibile quanto più si diffonde l'istituto dell'ipoteca generale, che attribuisce indubbiamente al creditore un potere proprio).

Dopo il sec. XVI, il passo, pur senza formare oggetto di una speciale elaborazione, fu ricordato dal De Olea (15), dal Cancerio (16), e fu certo presente al Gaito (17) ed a altri.

---

(12) A titolo esemplificativo, si può ricordare il silenzio di GIASONE DEL MAYNO (*Opera omnia*, Venezia 1573 e 1574), di ALESSANDRO TARTAGNO (*Comment. in I et II Codicis Partem*, Venezia 1570), CUIACIO (*Opera* cit.).

(13) La GLOSSA si limita a parafrasare il passo, e non si occupa del problema di cui nel testo. Anche BARTOLO (*Comment. in I et II Codicis Partem*, Lione 1550) non entra nella questione.

Un'eccezione alla regola è rappresentata da P. DE CASTRO, (*Comment.* cit., ad C. 4, 30, 15); di lui mi sono già occupato (retro, nota 3 al § 5), a proposito di alcuni dubbi, a cui ha dato luogo la ricostruzione del suo pensiero.

(14) BALDO, *Commentaria* cit., ad C. 4, 30, 15.

(15) *Tractatus* cit., p. 207, n. 25.

(16) Vedi § prec. Egli si preoccupò anche di enunciare il criterio dell'interpretazione estensiva dall'eccezione di non numerata pecunia alle altre eccezioni perentorie.

(17) *Tractatus* cit., ca. IV, n. 1877: me lo ricavo dal fatto che si sofferma esclusivamente sull'eccezione di non numerata pecunia.

Certo, lo studio di cui fu oggetto non era proporzionale all'importanza dell'istituto che esso mirava a regolare, o, almeno, a rilevare.

L'idea innovatrice del potere *autonomo* di eccezione, spettante al creditore, viene accolta da qualche autore, almeno quando il creditore sia fornito di ipoteca (18).

A parte questi rilievi, è dubbio se, nell'epoca di cui parlo, l'eccezione surrogatoria fra concreditori rispondesse all'identico fondamento a cui rispondeva nell'epoca giustinianea. Nella procedura bizantina, il debitore era legittimato attivo alle azioni ed alle eccezioni in quanto titolare dei rapporti; i creditori erano legittimati attivi alle eccezioni perchè legittimati a chiedere per sè il possesso (transitorio) dei beni del debitore e ad escluderne gli altri. Nel sec. XVII la proposizione dell'eccezione aveva un'efficacia sostanziale definitiva (19).

Il motivo per cui non si sentiva il bisogno di rendere proponibili in via surrogatoria le azioni verso i terzi rimaneva il medesimo per diritto giustinianeo e comune: queste azioni erano esperite dai creditori in base ad un trasferimento di azioni (che escludeva la legittimazione del debitore).

Permane incerto, attraverso all'una e all'altra epoca, il motivo per cui non si parla mai di un'azione surrogatoria promossa da un creditore con lo scopo di eliminare il titolo

---

(18) Con la conseguenza, ad es., che il giudicato formatosi fra debitore e terzo non nuoce al creditore, la cui ipoteca sia anteriore alla sentenza (ACOSTA, *De privilegiis* cit., p. 39, nell'ed. cit. « sententia lata contra debitorem post rem obligatam non nocet creditori »).

(19) Gli spostamenti di legittimazione dal debitore al creditore trovano nel concorso il terreno più favorevole. Vien fatto di ricordare l'espressiva definizione di VOET, *Commentarius* cit., li. XX, ti. IV: « Etsi vulgo actiones e creditoribus adversus debitores intentari solet, tamen ubi debitor solvendo esse desiit, accidit frequenter ut creditores amisso debitore in se invicem ruant ac magnis inter se animis disputantes mutuis sese tentent vulneribus conficere ».

Gli scrittori del diritto comune tentarono talora di giustificare il potere di eccezione del creditore, ma non colsero nel segno, perchè offrirono motivazioni valide entro e fuori concorso. Cfr. ad es. ACOSTA, *De privilegiis* cit., praef. reg. I, n. 94: « quia non debet esse in facultate debitoris fraudare creditorem ».

su cui si fonda il diritto di un altro creditore concorrente. Forse, il risultato a cui avrebbe potuto tender quest'azione si poteva sempre ottenere anche per via di eccezione (20).

In definitiva, si può dire che l'istituto surrogatorio giustinianeo è ancora riconoscibile nell'istituto surrogatorio del diritto comune, quale ci è presentato dalle pagine dei giuristi del secolo XVII finora menzionate: tale istituto consiste in un potere surrogatorio di sollevare vicendevolmente eccezioni fra soggetti che prendono parte ad una esecuzione concursuale.

§ 7. - ECCEZIONE ED AZIONE SURROGATORIA CONCURSUALE IN SALGADO E NEGLI STUDIOSI DEL FALLIMENTO.

Uno storico dell'azione surrogatoria ha affermato che i giuristi del diritto comune, dopo il De Olea, « non ci danno modo di studiare il nostro istituto » (1). La verità è ben diversa. La prima idea di un'azione surrogatoria è di poco successiva al De Olea, e risale precisamente al Salgado (2).

---

(20) Ho già visto che, secondo C. 4, 30, 15, il creditore non ancora possessore rimuove il creditore già munito di possesso (e quindi convenuto) con un'eccezione. Posso ripetere osservazioni analoghe per il creditore con ipoteca seriore, il quale aggredisca un creditore con ipoteca anteriore. Suppongo che questi attendesse che il creditore anteriore chiedesse l'assegnazione del ricavato dall'esproprio, per proporre l'eccezione in tale sede.

(1) ZUCCONI, *Origine storica* cit., p. 771 e sgg., in nota. Piena adesione in D'AVANZO, *Surrogatoria* cit. L'opinione comune è in questo stesso senso.

(2) Quando il trattato del DE OLEA era già noto, il SALGADO dava alla luce il suo *Labyrinthus* cit., contenente le ardite idee di cui oltre, nel testo; ed ivi criticava vivacemente la dottrina tradizionale (rappresentata soprattutto da ACOSTA e DE OLEA) e la giurisprudenza contemporanea (rappresentata dal senato catalano). Nelle edizioni seriori del trattato del DE OLEA, un'apposita appendice (ad tit. IV, qu. 3, post n. 9) è dedicata ad una serrata confutazione del SALGADO. La parola del SALGADO conferma pienamente la ricostruzione da me offerta del pensiero dei giuristi a lui contemporanei ed anteriori: infatti egli contrappone energicamente la propria concezione, secondo cui i creditori esercitano un'azione del debitore a favore di quest'ultimo, alla concezione dominante, secondo cui il creditore, subentrando nelle azioni del debitore,

Secondo questo autore, i creditori del debitore sottoposto a procedura concursuale (3) possono esercitare le azioni già spettanti al fallito non già in base ad un trasferimento (cessione espressa, o tacita, o finta), ma sul fondamento dell'« interesse maximum et valde considerabile quod habent creditores in conservatione et recuperatione bonorum et iurium debitoris communis ut commodius habeant unde consequi et exigere possint sua credita » (4). La legittimazione del creditore non esclude la legittimazione del debitore, il quale è « pars in cuncursu principalis et formalis contra quem omnes creditores comparentes dirigunt sua iura et actiones » (5).

Sempre secondo il Salgado, il creditore non « tractat de sibi aliquid recuperando et adquirendo »; i creditori « nihil sibi exigunt, sed debitori et corpori concursus; licet in consequentiam bonorum recuperatio resultet in eorum commodum et utilitatem » (6).

La concezione moderna dell'azione surrogatoria non potrebbe essere espressa in termini più limpidi (7). Si noti in-

---

esclude quest'ultimo dal corrispondente potere, e chiede la condanna del terzo a favore proprio; la replica al SALGADO, contenuta nelle ulteriori edizioni del *De cessione* del DE OLEA, mostra a sua volta fino a che punto gli autori tradizionalisti spingessero la loro avversione per ogni idea di legittimazione concorrente (del creditore e del debitore) all'azione.

La lettura del SALGADO lascia anche intendere come, sulla equiparazione del creditore chirografario a quello ipotecario, non esistessero dubbi.

(3) Il concorso di cui ci parla SALGADO è il nostro fallimento. Come osserva BONELLI, *Fallimento* cit., art. 699, n. 215, nota 1, da questo autore in poi il concetto della semplice concorrenza di creditori viene tenuto distinto dal fallimento.

(4) *Labyrinthus* cit., pars IV, cap. I, n. 23.

(5) Op. cit., pars IV, cap. I, n. 15. L'idea è ribadita nel n. 19: « debitor dimittit et abdicat... non dominium aut possessionem, nec actiones tam utiles quam directas, nec earum exercitium ».

(6) Loc. cit., n. 23.

(7) Si possono riscontrare significative assonanze fra il linguaggio del Salgado e le più moderne trattazioni sull'istituto surrogatorio. Basti pensare alla moderna questione, della funzione conservativa dell'azione surrogatoria; alla teoria modernissima dell'interdipendenza di inte-

fatti che per Salgado la spiegazione tecnica del potere dei creditori si troverebbe in un « mandatum, quod tacitum habent a iure », per cui gli stessi « iuris censura dicuntur procuratores debitoris » (8).

Se le parole del Salgado rivelassero fedelmente il suo pensiero; se il fenomeno che egli presentava come « creditor agens et excipiens... de iure debitoris », col fine di « recuperare et acquirere debitori » avesse meritato veramente questa definizione; se infine dopo Salgado una ininterrotta tradizione di giuristi avesse trasmesso le nuove idee ai codificatori dei due ultimi secoli, potremmo dire che l'azione surrogatoria nasce con Salgado, e deriva da lui.

In realtà, però, Salgado fraintese, in una certa misura, il fenomeno giuridico che ebbe a studiare ed osservare; di poi si servì di parole che eccedono il suo pensiero; dopo di lui le sue teorie (forse anche per i due difetti suelencati) non ebbero seguito fra gli studiosi.

Innanzitutto, non bisogna dimenticare che il « Labirinto » del Salgado era dedicato al concorso, sì che, come emerge da tutta la trattazione, il potere surrogatorio viene riconosciuto non già a qualsiasi creditore, ma solo al creditore concursuale (in altre parole, il presupposto per la nascita di tale potere non è la generica insolvenza del debitore, ma l'apertura della procedura concursuale fra più creditori di un insolvente) (9).

In secondo luogo tendo a credere (sebbene la cosa sia meno evidente) che non solo la legittimazione attiva, ma anche la legittimazione *passiva* all'azione proposta in via surrogatoria dovesse spettare al solo creditore concursuale.

Ciò risulta, in primo luogo, dallo stesso passo dove si esalta la necessità di tutelare l'interesse del creditore all'in-

---

ressi come fondamento della sostituzione processuale del creditore al debitore; alla teoria, meno recente, che vede nel creditore procedente in via surrogatoria un mandatario legale del debitore (vedi anche nota seg.).

(8) Vedi loc. cit., n. 23. Altrove i creditori sono chiamati perfino « procuratores in interesse proprio ».

(9) Vedi retro nota 3.

tegrità del patrimonio del debitore. Tale passo termina con la chiusa alquanto restrittiva: « quapropter singuli admittuntur ed exclusionem aliorum *inter seipsos* » (10). In prosecuzione, il Salgado mette in evidenza che, se i suoi contemporanei ammettono il trapasso delle eccezioni absque cessione, non c'è ragione di non ammettere del pari il trapasso absque cessione delle azioni, data la eadem ratio dei due problemi. Dunque, il Salgado modellava l'azione del creditore sullo schema dell'eccezione spettante al creditore: la quale eccezione poteva proporsi soltanto contro un altro (sedicente) creditore.

Più precisamente, ritengo che Salgado avesse presenti talora i creditori come massa e talaltra i « singuli ». I singuli godevano, ai fini delle reciproche contese, di un'azione e di un'eccezione individuale. La massa, naturalmente, veniva investita di poteri maggiori. Ciò risulta, in una certa misura, dagli stessi passi del Salgado finora ricordati (e parzialmente riportati). Più ancora, lo prova l'esemplificazione addotta dal Salgado a conferma delle sue teorie.

Prima di passare all'analisi degli esempi scelti dal Salgado, va chiarito che l'autore citato faceva una sorprendente confusione fra azione surrogatoria, azione revocatoria, ed altri istituti ancora (11).

Ciò premesso, posso osservare che in Salgado trovo due soli poteri attribuiti al *creditor* (al singolare): la facoltà di pagare il canone enfiteutico, e l'azione per la divisione della cosa ipotecata dal comproprietario (12). La prima facoltà non costituisce un diritto soggettivo, e spetta, comunque, nei confronti di un concreditore; quanto all'azione di divisione, essa non ha certo il fine normale dell'azione surrogatoria, individuata dal Salgado nella « conservatio et recuperatio bonorum

---

(10) Mi riferisco al passaggio riportato sopra, p. 38, desunto dal n. 23 del luogo più volte citato.

(11) Come si vedrà in seguito, nei due §§ sgg., questa confusione si spiega storicamente. Il SALGADO conosceva le *Notables questions* del MAYNARDO.

(12) Loc. cit., rispettivamente n. 27 e sgg., e n. 31.

debitoris... ut commodius [creditores] habeant unde consequi... sua credita, neque ex eorum defectu et inopia creditorum iura... inania reddantur ».

Negli ulteriori esempî, Salgado parla di più ampi poteri riservati ai *creditores* (al plurale): l'impugnativa di una transazione, la rescissione del contratto lesivo ultra dimidium, l'impugnativa di una datio in solutum, l'esercizio del riscatto, a cui il debitore sia stato facoltizzato all'atto della vendita, e, infine, l'azione contro il debitore del debitore (13).

E' evidente che l'impugnativa della transazione e della datio in solutum costituiscono ipotesi di pauliana fallimentare, e non già, di esercizio dei diritti del debitore.

Quanto all'azione di rescissione per lesione enorme e all'esercizio del riscatto, per ora mi limito ad accennare che in Francia i relativi poteri erano riconosciuti ad ogni creditore, senza peraltro costituire un esempio di potere surrogatorio (su ciò vedi oltre, § 9).

Resta da parlare dell'azione contro il debitor debitoris; di cui peraltro il Salgado non ci enumera nè i presupposti nè gli effetti.

Se le mie congetture sono esatte, l'istituto surrogatorio riceveva, secondo il pensiero del Salgado, queste tre applicazioni:

un'eccezione surrogatoria tra creditori concursuali;

una parallela azione surrogatoria tra creditori concursuali;

un'azione surrogatoria, spettante ai creditori come massa, contro il debitor debitoris.

Perchè l'insegnamento salgadiano venisse tramandato ai giuristi successivi occorreva però che ne rimanesse saldo il punto di partenza, consistente nel permanere della legittimazione ad agire del debitore *nonostante il fallimento*. Negata tale legittimazione (14), è infatti chiaro che l'azione della massa

---

(13) Loc. cit., rispettivamente n. 30, 32, 33, 34, 36.

(14) Il SALGADO, che sosteneva il permanere di tale legittimazione, era, anche rispetto all'epoca in cui viveva, un isolato. Non si giustifica perciò l'insolenza con cui criticava l'opposta teoria, propugnata dall'ACOSTA.

dei creditori contro i terzi deve essere intesa come azione diretta.

Ciò premesso, si deve dare atto che tale presupposto venne a mancare, e che il pensiero giuridico successivo al Salgado rientrò, per lo più, nell'alveo romanistico puro (che riconosce al creditore la sola *eccezione* surrogatoria concursuale). Tra gli studiosi del fallimento si estese forse, talora, il potere del creditore dall'eccezione all'azione surrogatoria concursuale.

Più analiticamente, ricordiamo che la teoria del Salgado fu subito, e severamente, criticata dal De Olea (15), con attacchi sufficienti a dimostrare fino a che punto fosse considerata eterodossa l'idea di una procura conferita ex lege al creditore (16). Posso aggiungere un rilievo: la replica del De Olea mostra anche fino a che punto le idee del Salgado fossero infondate alla stregua delle fonti romane (17).

Dopo De Olea e Salgado, gli scrittori di diritto comune sembrano ignorare qualsiasi istituto surrogatorio. Ciò vale per

---

(15) Nell'appendice di cui retro, nota 2.

(16) Le obbiezioni del DE OLEA sono acute: quale sarà il foro competente a giudicare dell'azione? i creditori dovranno agire cumulativamente, ovvero ognuno di essi avrà mano libera? ognuno di essi avrà uno ius vetandi per impedire un impoverimento del patrimonio del debitore (quale si avrebbe, ad es., se si impugnasse una permuta che poi, alla fin fine, risultasse essere vantaggiosa; ecc.)? se il risultato di un'azione è dannoso, chi ne sopporta gli effetti? (op. cit., ad ti. IV, qu. III post n. 9). Strano però che il DE OLEA non si avvedesse che talune di queste obbiezioni possono opporsi anche alla legittimazione del creditore ad excipiendum.

(17) Il SALGADO si fondava su D. 10, 2, 29; D. 13, 7, 42; D. 13, 7, 13; D. 20, 5, 7. Tali passi dicono: che il creditore pignoratizio vende il pegno, con efficacia verso il debitore; che in occasione della vendita il creditore pignoratizio può pattuire la facoltà di riscatto a favore del debitore; che può pattuire tale facoltà a vantaggio proprio, salva la possibilità di cedere poi la relativa azione al debitore. Sulla figura del creditore, si pronunciano D. 10, 2, 29 (quod creditor egit habendum est ac si debitor per procuratorem egisset) e D. 13, 7, 42 (in venditione... suum creditor negotium gerit).

Il DE OLEA aveva buon gioco a replicare che la l. 29 cit. contiene un'improprietà, smentita da altri passi. Inoltre egli osservava che, se il creditore fosse stato procuratore del debitore, il debitore avrebbe potuto revocarne i poteri.

la Francia (18) e per l'Italia (19). L'insegnamento del Salgado, sul punto in esame, non lascia tracce nemmeno dopo le codificazioni (20).

In Germania, viceversa, talora sembrerebbe ammessa non

---

(18) Qui sia sufficiente ricordare: che DOMAT non conosce nè la eccezione surrogatoria del diritto romano, nè l'azione surrogatoria del SALGADO (e che tende ad identificare l'esercizio dei diritti altrui con l'effetto del pignoramento romano di azione); che POTHIER parla frequentemente di un creditore che agisce contro il terzo, ma senza dire se tale azione debba essere preceduta da un trasferimento di poteri. Egli tace di qualsiasi potere indiretto del creditore anche nella apposita trattazione sull'ipoteca generale e sul pegno di crediti (*Le Pandette* cit., lib. XX, ti. 3, p. 941 e 943). Nota come FENET, *Pothier analysé* cit., nel raffronto fra gli artt. del code Nap. e gli insegnamenti del POTHIER, non segnali, di fianco all'art. 1166, alcun riferimento alle opere del grande giurista. Vedi ancora in merito oltre, p. 49, nota 10.

(19) Il silenzio serbato dai piemontesi non sorprende, tenuto conto del precedente atteggiamento di CUIACIO e di A. FABRO. Vedi al proposito le compilazioni del TESSAURO, *Novae decisiones* cit.; SOLA A., *Commentaria* cit.; e RICHERI, *Jurisprudentia* cit.: quest'ultimo non accenna al nostro istituto nemmeno là dove parla della facoltà del subdebitore di liberarsi, in taluni casi, pagando al creditore principale (vol. XI, § 181, p. 55).

DE LUCA, *Dottor volgare* cit., to. 3°, li. 8°, ca. XXIV, n. 10 e 11, nell'elencare le azioni spettanti al creditore per l'osservanza dell'obbligo non menziona affatto il potere surrogatorio.

Fra i concursualisti, A. DE ANSALDIS, *De commercio* cit., conosce soltanto l'esecuzione sui crediti e sulle azioni in base ai classici presupposti (condanna del debitore, ecc.). Il CASAREGIS, *Discursus* cit., disc. XCI, n. 17 e sgg., pur conoscendo il SALGADO, limita i poteri del creditore all'esercizio, da parte di colui che procede ad esecuzione, delle azioni del debitore, in base ad un trasferimento che si opera senza cessione « ad evitandum circulum » (Mi ricavo la funzione esecutiva del trapasso dall'inciso « adstringi possunt ad adimplendum, in bonis propriis »; e la natura esclusiva, e non surrogatoria, del potere del creditore, dalla equiparazione dello stesso creditore ad un cessionario).

(20) Il pensiero del SALGADO viene addirittura frainteso. Il BONELLI, *Fallimento* cit., sub. art. 699, n. 215, nota 1, menziona l'aut. cit. fra i sostenitori del trapasso legale delle azioni dal debitore alla massa dei creditori.

Si noti peraltro che l'influenza maggiore del SALGADO si sviluppò in Germania.

solo l'eccezione, ma anche l'azione surrogatoria concursuale (21); talora invece la soluzione è nettamente restrittiva, e si parla di esercizio di diritti del debitore ad opera del creditore con esclusivo riferimento all'esecuzione su crediti, ed alla efficacia estensiva di determinate eccezioni dall'uno all'altro rapporto (22).

Con il sec. XIX, i giuristi germanici tacciono sul potere surrogatorio estraconcursuale del creditore.

Quanto agli studiosi del fallimento, essi attribuiscono ovviamente alla massa dei creditori i poteri occorrenti per esercitare i diritti e le azioni del debitore fallito. Tuttavia risulta impedito ogni possibile avvicinamento fra il creditore fallimentare (uti singulus, o considerato nella massa) ed il creditore che esercita i diritti del debitore in via surrogatoria, dato che questi autori fanno dei creditori i titolari esclusivi dei poteri che esercitano (23); ovvero, se anche riconoscono al fallito

---

(21) Alludo al BRUNNEMANN, la cui posizione non è sempre chiara. Egli non dovette dissentire, essenzialmente, dall'insegnamento del DE OLEA, se nemmeno nelle *Additiones* cit. muove critiche sul punto. Qualche dubbio viene leggendo il *Commentarius* cit., C. 4, 30, 15: nelle enunciazioni, l'autore sembra alludere ad una legittimazione del creditore all'azione; mentre nell'esemplificazione il secondo creditore interviene nel giudizio per sostenere il debitore convenuto dal primo creditore.

(22) STRYKIO e WEISBRODT, op. cit. La monografia in esame non conosce affatto l'istituto surrogatorio (« naturali ratione conveniens est ut de iure tertii tertio invito excipere non liceat »). Ivi si parla di agere, di excipere ex iure tertii, con riferimento ai seguenti casi:
— azione del creditore contro il debitor debitoris, in causa iudicati (tale azione non spetta in virtù della semplice ipoteca generale).
— efficacia estensiva dell'eccezione, o dell'inesistenza inter alios di un rapporto (eccezione di difetto di legittimazione dell'attore, di simulazione, di difetto di procura, a cui l'aut. aggiunge l'eccezione non numeratae pecuniae, e di dolo); effetto estensivo che si fonda sulla osservazione che « ne quidem proprie dici possumus nos de iure tertii excipere, cum tantum allegamus, quod actori non competat actio ».

(23) Ad es. SCHWEPPE, *System* cit., § 31. Nota peraltro come questo autore, per spiegare il trapasso dei poteri dal debitore ai creditori, invochi C. 4, 30, 15.

un limitato potere di intervenire nei giudizi (24), fanno del potere dei creditori un prius, e del potere del debitore un posterius (la questione del potere di intervento del debitore viene pregiudicata e risolta attraverso alla configurazione del curatore come rappresentante del debitore o dei creditori).

Nelle trattazioni sul fallimento, uscite in quest'epoca, non si tratta ex professo del potere, spettante ai singoli creditori concorrenti, di sollevare reciprocamente eccezioni ed azioni. Tuttavia il procedimento surrogatorio concursuale dovette rimanere vivo nella tradizione e nella prassi, se lo ritroviamo codificato nella ordinanza germanica sul fallimento del 1877 (25) e nella parallela ordinanza austriaca del 1914 (26). Prima che si apra il fallimento, le legislazioni germaniche non apprestano alcun rimedio contro l'inerzia del debitore (27).

§ 8. - LA PRETESA AZIONE SURROGATORIA GENERALE NEL DROIT COUTUMIER FRANCESE.

Dai secc. XVII e XVIII si parla dell'exercice des droits du débiteur fuori del concorso nella sola Francia (soprattutto nella Francia del Nord) (1).

---

(24) Questo limitato potere di intervento viene ammesso da varii autori della seconda metà del secolo: SEUFFERT, *Geschichte* cit., p. 119, KOHLER, *Lehrbuch* cit.

(25) §§ 144 e 146 (1). Si propone in via surrogatoria la opposizione contro la domanda di ammissione di un credito.

(26) § 105 (5). I creditori fallimentari sono legittimati al reciproco contraddittorio, per stabilire l'esistenza e il grado dei rispettivi crediti. In questa ordinanza è particolarmente evidente che possono stare in giudizio, a fianco a fianco, il curatore del fallimento ed il creditore che intende impugnare la graduazione; sì che quest'ultimo farà valere le eccezioni (ed anche le azioni) che il curatore abbia trascurato di promuovere; arg. per la doppia legittimazione ex § 112 (2): « *qualora* il curatore del fallimento abbia preso parte alla lite... ».

(27) Il § 36 della K O austriaca conosce peraltro la revocatoria degli effetti della prescrizione, per l'ipotesi che il fallimento venga dichiarato quando il termine della prescrizione è ormai decorso.

(1) Gli autori del sec. XVI non conoscono l'istituto. Cfr. DUMOULIN, *Commentarii* cit.; D'ARGENTRÈ, *Commentarii* cit. Questo dato deve essere tenuto presente da chi sostiene la remota origine dell'azione surrogatoria nell'*antichissimo* diritto consuetudinario della Francia.

La derivazione del pensiero francese dalle concezioni degli interpreti del diritto comune è apparsa addirittura ovvia a tutti (e soli) quegli autori che ammettono la presenza dell'azione surrogatoria generale nel diritto comune.

Questi autori trascurano, oltre alla diversa sostanza degli istituti romanistici e francesi, anche la storia delle parole. Sembra evidente che il termine action subrogatoire è legato con la « subrogation », mediante la quale il creditore veniva immesso nell'esercizio del diritto del debitore; tale surrogazione, a sua volta, è sorta nel diritto consuetudinario francese (2).

A parte questi problemi di mera derivazione, gli autori sogliono affermare che in quell'epoca, in Francia, l'azione surrogatoria (o, come dicono più comunemente gli scrittori francesi, l'esercizio dei diritti del debitore da parte del creditore) avesse una estensione generale.

Mi sembra di dover revocare in dubbio questa comune enunciazione, frutto di una serie di equivoci.

L'affermazione in esame fa perno sul principio generale, enunciato da varii autori dell'epoca, secondo cui « il creditore può esercitare i diritti e le azioni del debitore » (3). Ma la massima riportata tra virgolette, di per sè, non dice ancora nulla.

Al solito, si tratta di ricostruire se quell'espressione enunciasse genericamente il criterio dell'illimitata e incondizionata cedibilità e pignorabilità dei diritti e delle azioni; o se indicasse invece il potere del creditore di esercitare i diritti del

(2) Vedi documentata quest'ultima affermazione in DOMAT, *Lois civiles* cit., p. 165; in DE FERRIERE C. J., *Dictionnaire* cit., voce Créancier, e cfr. ivi il richiamo all'art. 307 della coutume di Parigi; soprattutto, con abbondanza di esempi, in TAMBOUR, *Voies d'exécution* cit., II, p. 325 e seg., e, in generale, in tutti i commentatori delle diverse coutumes.

(3) Vedi DU ROUSSEAUD DE LACOMBE, *Recueil* cit., voce *Créancier*, n. 8; BOUTARIC, *Les institutes* cit., IV, VI, § 6; SERRES, *Les institutions* cit., p. 563; DOMAT, *Les lois civiles* cit., p. 165; ARGOU, *Institutions* cit., p. 455 e seg.; LE CAMUS a p. 665 e seg. del *Corps* cit. del DE FERRIERE Cl., t. IV, sub art. CCCXVI; LEBRUN, *Traité* cit., liv. 2, ch. 2, sec. 2, n. 42; vedi la stessa espressione, per inciso, anche in POTHIER, *Oeuvres* cit., (II, n. 440; III, n. 371; V, n. 83; ecc.).

debitore mentre quest'ultimo conserva la titolarità e l'esercizio del diritto stesso; o se infine avesse un ulteriore significato.

Posto il problema in questi termini, si deve escludere che quell'ambigua massima si riferisse all'istituto di cui parla il nostro art. 2900 cod. civ.

Almeno un autore ci dice chiaramente che soggezione di un diritto all'esercizio da parte dei creditori è tutt'uno con la soggezione di tale diritto all'esproprio forzato (4). Quanto agli altri scrittori, se ne può ricostruire il pensiero in modo induttivo, ricorrendo all'analisi che segue.

Un primo gruppo di autori suffraga il principio dell'esercizio dei diritti del debitore da parte dei creditori con esempi per nulla pertinenti al procedimento surrogatorio, e precisamente con il potere, riconosciuto in dati casi al creditore, di costringere il debitore a perseguire il terzo, od a compiere determinati atti d'acquisto (5).

(4) RENUSSON, *Traité* cit., ch. 4, sect. 8, n. 21. Ivi l'autore afferma che l'ipoteca della moglie si estende anche sui crediti e sulle azioni del marito, e chiarisce l'idea dicendo che « personne ne doute qu'un créancier ne puisse exercer les droits de son débiteur ». Egli soggiunge poi che la legge 2 cod. quando fiscus vel privatus enuncia esplicitamente tale concetto, e che dall'epoca romana in poi la regola è rimasta immutata, salva l'abolizione dell'ordine tradizionale dell'escussione.

(5) DU ROUSSEAUD DE LACOMBE, op. loc. ult. cit., n. 48, il quale parla del potere, riservato al creditore, di costringere il signore feudale suo debitore ad effettuare il sequestro feudale. Precedentemente COQUILLE, *Oeuvres* cit., II, *Coutume nivern.*, *Fiefs*, XI, II, I, p. 49, aveva affermato che tale potere di coercizione spetta al creditore quando il feudo sia aperto (cioè attualmente privo di vassallo); e giustificava la affermazione dicendo che l'inerzia del signore feudale gravato da debiti (il quale non provveda ad esercitare un diritto che gli è già acquisito) deve considerarsi (nell'ipotesi data) fraudolenta. Tanto bastò perchè il ROUSSEAUD chiamasse il COQUILLE a suffragio del principio « Créancier peut exercer les droits de son débiteur »; e perchè lo stesso COQUILLE venisse più tardi considerato fra i teorici dell'esercizio dei diritti del debitore da parte del creditore dal TAMBOUR (*Voies l'éxécution* cit., II, p. 333) e, da ultimo, dallo ZUCCONI, *Origine storica* cit., p. 779.

Ben più accorto era stato l'ACOSTA quando, nel descrivere il caso di un debitore che « exceptiones opponere compellitur » si era astenuto dall'inquadrare questa figura in una delle çategorie giuridiche generali a lui note.

Anche il BRODEAU, sur LOUET cit., R. XX, riferisce dell'arresto 27

Altri autori, nell'enunciare il solito criterio del potere del creditore di esercitare i diritti del debitore, invocano a suffragio della propria tesi l'opinione di autori precedenti, a cui l'azione surrogatoria generale era ignota (6), o invocano il precedente di ordinamenti, che ignoravano tale rimedio (7). E'

---

gennaio 1596 di Parigi, che ammise i creditori ad esigere che il debitore accettasse una eredità.

Il MORNAC, *Observationes* cit., IV, XV, IV, parla della cessione forzosa delle azioni dal debitore al creditore (« debitorem cogitur cedere »), additando J. FABRO come un illustratore di questo rimedio giuridico. Come si vede, la cessione forzosa non è nemmeno peculiare del diritto consuetudinario, essendo stata applicata anche nell'ambito del diritto comune.

(6) Questo è il caso del ROUSSEAUD DE LACOMBE (op. loc. ult. cit., n. 8), che cita RENUSSON, PEREZIUS, MORNAC, LEBRUN. Si pensi che il PEREZIUS, *Praelectiones* cit., in lib. IV, t. XV, riduce la posizione del creditore in questa formula: « Non potest ex unius obligatione conveniri alium.... privatus creditor duobus tantum casibus debitum suum a debitoris sui debitoribus exigere potest ». E passa ad elencare i due casi: 1°: condanna del debitore, sua vana escussione, e confessione del terzo; 2°: datio in solutum del credito, accompagnata da mandato ad agire. Anche il MORNAC, *Observationes* cit., IV, XV, IV, chiede che sussistano i requisiti della condanna, confessione, escussione. Il RENUSSON, *Traité* cit., ch. 4, sec. 8, n. 21, si riferisce certamente agli atti di esproprio (vedi sopra, nota 4). Considerazioni analoghe si possono fare sugli altri autori menzionati.

(7) Questo è il caso del DOMAT (op. loc. ult. cit.); a riprova del fatto che i Romani conoscevano l'esercizio dei diritti del debitore da parte dei creditori, egli invoca C. 8, 21, 1, che enuncia precisamente la caratteristica della pignorabilità delle azioni e dei crediti. Il raffronto romanistico del DOMAT viene talora citato per mostrare che egli non scorse la differenza fra pignoramento romano e azione surrogatoria moderna (così ad es. CANTONI, *Azione surrogatoria* cit., p. 4). Il passo dimostra però il contrario; e cioè, che il DOMAT non conosceva un procedimento surrogatorio di tipo moderno. Nè il risultato si sposta, se ci si sofferma sulla premessa del notissimo autore: secondo cui per diritto romano (in ciò divergente dalle consuetudini francesi) ciascuno può astenersi dall'aumentare i proprî beni. Forse taluno potrebbe pensare che il DOMAT distinguesse un esercizio di diritti da un acquisto di diritti, e restringesse il procedimento surrogatorio vero e proprio a quest'ultimo fenomeno. Tale spiegazione sarebbe però sofistica e contorta. Più plausibilmente, l'autore voleva incasellare nel sistema l'acquisto dell'eredità da parte dei creditori dell'erede, e far ricadere il potere di acquistare l'eredità nell'ambito dei diritti soggetti ad una qualche garanzia posta a favore dei creditori (questa forma di garanzia,

abbastanza chiaro che tali autori si limitano a recepire e tramandare la massima in questione nel generico e scialbo significato che le può essere attribuito secondo lo spirito del diritto comune: « il creditore può esercitare le azioni del debitore, ogniqualvolta sussista una fattispecie idonea a trasferirgli il relativo potere (cessione, pignoramento, provvedimento del giudice, ecc.) ».

Merita di essere segnalato che, tra gli stessi autori finora richiamati, taluni insistono sulla liceità dell'astensione del debitore, il quale ometta di acquistare diritti (8). Anche questo elemento fa pensare che un'azione surrogatoria sulla linea funzionale di quella attuale fosse, in tale epoca, sconosciuta (9).

Se l'analisi svolta finora è esatta, si deve concludere che il principio dell'esperibilità delle azioni del debitore da parte del creditore stava semplicemente a significare che le azioni erano cedibili, pignorabili, o suscettibili comunque di trasferimento forzoso (10).

---

come si è già accennato nelle ultime note, e come si dirà meglio in seguito, aveva caratteri affini alla garanzia pauliana).

(8) SERRES, op. loc. ult. cit.; contra, per diritto francese, DOMAT, op. loc. ult. cit.; LEBRUN, *Traité*, liv. II, ch. II, n. 42.

(9) E' vero che la biasimevole inerzia del debitore potrebbe essere assurta a ratio della protezione del creditore solo in progresso di tempo. Ma è anche vero che di una simile evoluzione della ratio non abbiamo prove; per cui non ci resta che constatare il salto storico fra la funzione dell'esercizio dei diritti del debitore nel diritto consuetudinario francese, e la funzione dell'istituto surrogatorio dei nostri tempi.

(10) E' vero che per taluni autori (soprattutto per POTHIER) non si può dare la prova rigorosa di tale equivalenza: ma è anche vero che questo scrittore non si occupa mai ex professo dell'exercice des droits du debiteur.

Ho già osservato (retro, nota 18 al § 7) come lo stesso FENET, in *Pothier analysé* cit., non menzioni, di seguito all'art. 1166 code Nap., alcun passaggio tratto dallo stesso POTHIER. Questo silenzio è perfettamente logico, se nel suo pensiero le norme relative a tale esercizio coincidono con le norme sulla saisie e, in genere, sulle procedure cautelari od esecutive: mentre lo stesso silenzio diviene inspiegabile se si postula che allora l'azione surrogatoria rappresentasse un istituto del tutto autonomo. Basta riflettere, a questo proposito, a quale folla di problemi interpretativi abbia dato luogo l'art. 1166 code Nap. E' possibile che il POTHIER concepisse l'exercice des droits du debiteur come esso

Si può concludere che il diritto francese, lungi dal conoscere un'azione surrogatoria generale, conosceva semplicemente una soggezione generale delle azioni e dei crediti, spettanti al debitore, agli atti cautelativi o satisfattivi del creditore.

Questa soluzione va incontro ad una prima obbiezione.

Secondo una teoria (oggi coltivata soprattutto dai seguaci della derivazione romanistico-comune del nostro istituto), nei sec. XVII-XVIII, in Francia, i presupposti del pignoramento o della traslazione forzosa dell'esercizio di crediti e di azioni vennero ulteriormente semplificati rispetto a quelli previsti dalla procedura vigente nei due secoli anteriori.

In particolare, il creditore prese a procedere sui diritti del debitore anche senza avere in mano un titolo esecutivo (11); e qualche autore pensa che egli potesse ingerirsi in tal modo

---

fu configurato dopo la codificazione, e tuttavia non abbia nemmeno intravisto i problemi relativi? Si può annotare fin d'ora il seguente dato: nell'epoca di cui discorro si ammise comunemente che il creditore potesse ripetere in via surrogatoria e senza bisogno di precedente trasferimento dell'azione ciò che il debitore ha adempiuto senza esservi tenuto. Si vedrà meglio in seguito, se questa regola discendesse dal principio dell'azione revocatoria, o dell'azione surrogatoria. Il POTHIER (*Successions*, chap. III, sect. III, art. 1, § 3, *Communauté*, n. 533, *Substitutions*, sect. VI, art. 1, § 2) vuole che anche in questo caso il creditore dia la prova del consilium fraudis. Se l'autore cit. avesse creduto in un autentico potere surrogatorio spettante al creditore, gli avrebbe certo accordato una condictio indebiti ex persona debitoris. Il silenzio serbato dallo stesso autore nelle sue *Pandette* cit., là dove parla del pegno di credito e dell'ipoteca generale, è altrettanto sintomatico (li. XX, ti. 3, p. 941 e 943).

(11) Ciò prova peraltro una cosa sola: che il vecchio pignoramento di crediti si sdoppiò in due distinti istituti di contenuto identico se pure rispondenti a presupposti e funzioni diversi: l'esproprio di crediti a scopo di esecuzione, e l'esproprio di crediti a scopo di garanzia. Storicamente è provato che la surrogazione giudiziale del creditore al debitore nell'esercizio delle azioni sostituì il precedente rimedio della cessione forzosa di azioni. Vedi questo rimedio ancora in IMBERT, *Pratique*, liv. I, ch. 61.

In altre parole, il sequestro (come il pignoramento) di credito esclude (dal momento della notifica) ogni esercizio del diritto sequestrato, da parte del debitore; perciò esso dà luogo ad un trasferimento di potere, e non già, ad un concorso di poteri come avviene invece nell'istituto surrogatorio.

sul patrimonio del debitore, senza nemmeno munirsi di un'autorizzazione di provenienza giudiziale. Questa semplificazione (o meglio, questo annichilimento) della fattispecie a cui era subordinata l'ingerenza del creditore avrebbe segnato l'ultimo anello della trasformazione fra il pignoramento romano e l'azione surrogatoria moderna.

La teoria, secondo cui la surrogazione convenzionale o giudiziaria fu (quanto meno, fuori dell'ambito dell'accettazione ereditaria) superflua, si può ridurre:

— alla formula, secondo cui la surrogazione non fu mai (quanto meno, fuori dell'ambito dell'accettazione ereditaria) condizione nè sufficiente nè necessaria dell'esercizio dei diritti del debitore da parte del creditore, consistendo invece tale condizione nella presenza di un titolo esecutivo nelle mani del creditore (12);

— alla formula secondo cui qualsiasi creditore, anche sfornito di titolo esecutivo, potè, senza surrogazione convenzionale o giudiziaria, esercitare i diritti del debitore.

La prima formulazione tende ad equiparare, strutturalmente e funzionalmente, l'esercizio dei diritti del debitore all'esecuzione forzata, e non già ad un esperimento di azioni in via surrogatoria.

La seconda formulazione, viceversa, permetterebbe di pensare ad una concorrente legittimazione del creditore e del debitore all'esercizio delle azioni.

L'*unico* autore che si possa assennatamente invocare a suffra-

---

(12) Questa teoria fu sostenuta con passione, in sede di interpretazione del code Nap., e in sede di ricostruzione storica del pensiero francese intermedio, dal LABBE', *Exercice* cit.; essa trovò alcuni seguaci e stette all'origine della concezione dell'azione surrogatoria come atto esecutivo. Al LABBE' si può rimproverare di aver trascurato del tutto le coutumes (vedine un utile spoglio in TAMBOUR, *Voies d'exécution* cit., II, p. 325), e di avere dimenticato taluni scrittori dei secc. XVII e XVIII (ad es. il DOMAT, in *Lois civiles* cit., p. 165, BRODEAU, sur LOUET cit., C, som. 30) che conoscevano la surrogazione giudiziale.

L'unico scrittore dell'epoca qui considerata, il quale offrisse un elemento di prova al LABBE', fu il BASNAGE nel commento all'art. 278 della coutume di Normandia (su cui vedi nota seg.).

gio di questa seconda formulazione in esame è il Basnage (13): ma la critica più recente ha dimostrato che anche questo scrittore non fece eccezione alla regola, e che la « subrogation naturelle » di cui egli parla si deve intendere non già come surrogazione operante ipso iure, ma come surrogazione giudiziale, contrapposta alla surrogazione per lettere reali (14). Ove poi non si volesse aderire alla ricostruzione più moderna del pensiero del Basnage, si porrebbe l'ulteriore problema se tale autore, una volta respinto il requisito della previa surrogazione giudiziale o convenzionale, non esigesse una diversa fattispecie traslativa (esproprio forzato, pignoramento). Elementi induttivi, desunti da altre opere dello stesso autore (15) o dal pen-

(13) Nel commento all'art. 278 della coutume di Normandia (art. 345 secondo un'altra numerazione). Tale articolo regola il potere del creditore di accettare l'eredità in luogo del debitore inerte o recalcitrante.

La teoria del LABBE' (su cui cfr. nota precedente), secondo cui la surrogazione giudiziale sarebbe stata sconosciuta ad un'importante corrente dottrinale, è inaccettabile.

(14) Questa ricostruzione è dovuta a MISPOULET, tesi cit., p. 42 fino a 45 (aderiscono a lui PERIER e BOSC, tesi cit.). La ragione decisiva è offerta dal confronto con il commento all'art. 273, dove BASNAGE parla di creditore che *domanda* la surrogazione.

All'argomentazione degli autt. francesi citt., credo di doverne aggiungere una seconda: nello stesso commento all'art. 278 il BASNAGE osserva: « La disposition portée par cet article est singulière et dans toutes les coutumes de France il ne s'en trouve point de pareille ». Mi sembra impossibile che un autore possa trovare « naturale » (nel senso di « operante ipso iure, in virtù di un principio generale ») un istituto che egli stesso definisce eccezionale.

(15) Cfr. BASNAGE, *Hypothèques* cit., p. 377 e sgg. Ivi l'autore attribuisce al creditore ipotecario l'azione personale contro il debitore, l'azione dichiarativa contro il terzo, ed un'azione, che, a seconda delle norme locali, serve ad ottenere o il solo esproprio, oppure il pagamento ad opera del terzo e, in difetto, l'esproprio. Nel passo cit. non si fa il minimo accenno ad un potere surrogatorio del creditore: se anche questi, in date regioni, poteva agire verso il terzo per l'adempimento, doveva chiedere ciò che gli era dovuto dal debitore principale, e non già, ciò che fosse dovuto dal terzo al debitore principale.

siero degli autori successivi (16), dimostrano che il Basnage avrebbe dato al quesito una risposta positiva.

Ma, anche a voler formulare l'ipotesi opposta, non è per nulla dimostrato che « l'esercizio dei diritti altrui » non preceduto nè dal rilascio del titolo esecutivo, nè dall'autorizzazione, dovesse significare una legittimazione *concorrente* del creditore e del debitore, anzichè un trapasso di legittimazione dal debitore al creditore, conseguente all'ingerenza del creditore nel rapporto spettante al debitore, ed alla notifica al terzo della corrispondente volontà del creditore.

Come conclusione, mi sembra di poter negare con sufficiente tranquillità che, per quanto riguarda il diritto francese dei secc. XVII e XVIII, si sia raggiunta la prova dell'esistenza di un'azione surrogatoria generale. Le enfatiche contrarie enunciazioni generali degli autori si riferiscono semplicemente alla generica soggezione dei crediti alla esecuzione forzata.

La prova decisiva di questa conclusione è data dallo stato dello stesso diritto francese postnapoleonico, che si esaminerà in seguito.

§ 9. - I PROCEDIMENTI SPECIALI APPARENTEMENTE SURROGATORII NEL DROIT COUTUMIER FRANCESE.

Tuttavia si avverte, nel diritto francese dei secc. XVII e XVIII, un qualcosa di particolare, tale da consentire serie obbiezioni e limitazioni alla soluzione or ora tratteggiata.

Ad esempio, nell'epoca di cui si tratta, assume notevoli dimensioni la disputa (che già aveva fatto capolino nelle trattazioni del diritto comune) (1), se l'inerzia del debitore, il

(16) Anche dopo la redazione del code Nap. fu viva in Francia la controversia sul punto, se il creditore potesse esercitare i diritti del debitore senza munirsi di un'autorizzazione giudiziale. Chi dava al quesito risposta negativa, esigeva (così almeno nella prima metà del sec. XIX) che il creditore fosse munito di titolo esecutivo (su ciò vedi oltre p. 68 fino a 74).

(1) Cfr. per tutti i rilievi dell'ACOSTA e del BRUNNEMANN.

ACOSTA, *De privilegiis* cit., praef. reg. I, n. 49: « creditores... exceptiones debitori competentes... optime obiicere possunt: tum quia non

quale trascuri di compiere l'atto potestativo necessario per acquistare un diritto, fosse lecita o meno (2).

Questa disputa dimostra che i tempi diventano maturi per lo sbocciare di una reazione normativa contro l'inerzia illecita. Tale reazione non è necessariamente la garanzia surrogatoria a favore del creditore, poichè alla repressione dell'inerzia possono contribuire altrettanto bene: l'assoggettamento ad esproprio dello ius adquirendi; la revocatoria degli effetti dell'inerzia (ad es.: la revocatoria dell'estinzione per prescrizione); la proposizione coatta dell'azione o dell'eccezione ad opera del debitore (3). Si può dire, peraltro, che il sintomo in esame può interessare anche lo sviluppo dell'azione surrogatoria.

Altra circostanza da tener presente, in connessione con

---

debet esse in facultate debitoris fraudare creditorem... »; n. 46: « quando... contractus obligat debitorem ad acquirendum..., tunc dolus erit non acquirere... igitur debitor exceptiones sibi competentes opponere compellitur... ».

Brunnemann, *Comment.* cit., C. 4, 30, 15: « quia in omnibus his casibus est eadem ratio, quia posset alias debitor cum primo creditore colludere in necem posteriorum verorum creditorum ».

(2) Carondas, *Responses* cit., III, IX, 145, afferma nettamente che « Debteur refusant et ne poursuivant ce qui luy est acquis, est reputé le faire en fraude de ses créanciers ».

Coquille, *Oeuvres* cit., p. 49, esclude che in dati casi il signore indebitato possa essere costretto a pignorare un feudo aperto, in quanto ivi non agisce in frode dei creditori (nell'ipotesi opposta, la sanzione dell'inerzia sarebbe un'azione per costringerlo al pignoramento).

Mornac, *Observationes* cit., IV, XV, IV, afferma che il vocato alla successione può essere costretto a cedere il suo diritto, quando il rifiuto di adire l'eredità avvenga *in fraudem creditoris*.

Domat afferma (op. loc. ult. cit.) che per diritto romano, *in ciò diverso del diritto francese*, ciascuno può astenersi dall'aumentare i proprî beni; per Serres (op. loc. ult. cit.) invece l'inerzia del debitore è lecita; per Lebrun (*Traité* cit., liv. II, ch. II, sec. II, n. 42) il rifiuto di esercitare taluni diritti « passe pour une fraude manifeste » (applicazione alla rinunzia ereditaria, con conseguente coazione dell'accettazione, e, in un secondo tempo, accettazione obliqua); De Ferriere Cl., nel *Corps* cit., esclude la illiceità del mancato acquisto, salva l'eccezione in tema di acquisti ereditarî (t. 4°, art. CCC XVI, p. 660; conseguente coazione all'accettazione, o cessione forzosa del diritto di accettare).

(3) Cfr. per le varie soluzioni: nota prec.; nota 27 al § 7.

questo sviluppo della teoria dell'illiceità dell'inerzia, è la sistematica degli autori dell'epoca, che spesso trattano nello stesso capitolo dell'azione revocatoria e dell'esercizio dei diritti del debitore da parte dei creditori (4).

Infine, se a suo tempo ho contestato la validità di taluni esempi di atto surrogatorio formulati dagli scrittori (ad es. la coazione alla proposizione dell'azione, esercitata contro il debitore), ora devo aggiungere che le stesse trattazioni allora citate ci offrono qualche esempio decisamente più plausibile. Si tratta di ipotesi tipiche, tralatizie da un autore all'altro, fra cui primeggia l'accettazione, da parte del creditore, dell'eredità a cui sia chiamato il debitore; tale accettazione fu indubbiamente consentita da almeno una delle coutumes francesi (5).

Si trattava, in questo caso, di un vero esercizio dei diritti spettanti al debitore?

Si può rispondere che, almeno in origine, il potere concesso al creditore ebbe natura revocatoria, e non surrogatoria.

---

(4) Domat, op. loc. ult. cit., tratta gradualmente, sotto la rubrica *De ce qui se fait en fraude du créancier*: dell'azione revocatoria; dei rimedii contro la rinuncia a successioni; dell'esercizio di azioni del debitore. Argou, *Institution* cit., p. 453 e sgg., tratta sia dell'azione pauliana, sia dell'esercizio dei diritti del debitore, sotto l'unica rubrica *De l'exercice des droits des debiteurs*. Serres, *Institutions* cit., p. 562 (ove peraltro ammette la liceità dell'inerzia del debitore), tratta, sotto la rubrica *Si quis in fraudem creditorum rem suam tradiderit*, dell'azione pauliana (ivi comprendendo l'accettazione di eredità ad opera del creditore) e dell'esercizio dei diritti del debitore. Quest'ultimo scrittore è particolarmente significativo, perchè modella il suo passo sulle *Institutes* cit., del Boutaric, li. IV, ti. VI, § 6, dove si parlava invece della sola revocatoria, e, senza soluzione di continuità, della inefficacia della rinunzia all'eredità; ivi l'espressione « les créanciers entrent dans tous les droits de leur debiteur, et les peuvent exercer malgré lui » aveva il valore di semplice inciso, e comunque riguardava esclusivamente la materia successoria.

Nota il parallelismo con il Salgado, ricordato nella nota 11 al § 7, e nel testo ivi.

(5) Forse la surrogazione fu introdotta in luogo di una precedente azione, rivolta a costringere il debitore affinchè accettasse. Forse essa fu introdotta in favore del creditore, per renderlo responsabile dei carichi ereditarî. La prima ipotesi non esclude la seconda.

Infatti in Francia l'eredità si acquistava ipso iure (salvo il diritto di rinunziarla); per cui l'accettazione dell'erede era superflua. Il creditore, sia quando otteneva giudizialmente che il debitore fosse costretto a revocare la rinuncia, o che il giudice revocasse la stessa rinuncia, sia quando dichiarava di voler accettare la successione, in realtà *impugnava* la precedente rinunzia dell'erede, esercitando un potere che non sempre competeva al suo debitore (6), e che comunque aveva un fondamento diversissimo dal corrispondente potere del debitore stesso.

Una traccia dell'origine revocatoria dell'istituto è rivelata dal requisito del consilium fraudis del debitore rinunciante, che qualche autore pone fra i presupposti dell'accettazione ad opera del creditore (7).

La natura revocatoria dell'accettazione del creditore è ammessa talora da quegli stessi autori francesi che, trattandone, l'hanno rubricata sotto l'esercizio dei diritti del debitore da parte del creditore (8); anche se tale dato, già rilevato e suffi-

(6) Solo in taluni casi il vocato era ammesso a revocare la propria rinunzia (così quando si trattasse di eredità paterna o materna, ecc.); cfr. per ragguagli De Ferriere Cl., *Corps* cit., sub art. CCCXVI, n. 30.

Ricorda peraltro che l'impugnativa della rinunzia fu dapprima ammessa solo per l'ipotesi di chiamata del discendente, e solo in seguito fu estesa all'ipotesi di chiamata del collaterale (cfr. Brodeau sur Louet cit., lettera R, n. 19 e sgg.).

(7) Serres, op. loc. ult. cit., Argou, op. loc. ult. cit.

(8) Il Boutaric e il Serres affermano (il primo in *Institutes* cit., IV, VI, § 6; il secondo, in *Institutions* cit., p. 562) che la pauliana romana non poteva reagire al mancato acquisto di una eredità da parte del debitore, in quanto « qui recusat adire haereditatem » non diminuisce il patrimonio; mentre la soluzione opposta vale in Francia, perchè (essendo gli acquisti mortis causa automatici) il ripudio di eredità diventa un atto positivo, inteso a diminuire il patrimonio. Dopo tale premessa (tutta solidamente ancorata ai principii dell'azione revocatoria), il Serres conclude enfaticamente: « Ancora una volta, i creditori possono esercitare tutti i diritti del loro debitore, anche lui vivo e contro la sua volontà ».

Anche l'azione intentata dal creditore per ottenere dal sostituto fideicommissario la restituzione dei frutti goduti per l'anticipato rilascio del fidecommesso da parte dell'erede onerato viene analizzata dal

cientemente illustrato dalla stessa dottrina comune, sembra sfug-

Serres con riferimento alla massima sopra riportata tra virgolette: eppure è ben chiaro che l'azione di cui si tratta, ove sia ammessa dal diritto obbiettivo, è un'azione di tipo revocatorio (infatti reagisce ad un comportamento positivo del debitore, e non è detto che possa essere intentata dal debitore stesso: vedi in questo senso l'impostazione del Boutaric, loc. cit.). Tralasciando per il momento di soffermarci sul terzo esempio invocato dal Serres (azione di rescissione per lesione enorme intentata dal creditore contro il terzo; su cui vedi oltre, nel testo), si nota la stonatura dell'inciso « Ancora una volta ecc. ». Si può dunque supporre che il Serres abbia derivato la parte positiva della trattazione, e gli esempii, da un primo modello (il Boutaric, od un autore affine). L'esclamazione finale sarebbe invece tratta da uno di quei non rari testi, in cui esso era enunciato con la tacita riserva « purchè sia intervenuta una cessione od un esproprio » (un'allusione al potere del creditore, di esercitare i diritti del debitore, non manca in Boutaric, ma per questo autore un siffatto potere costituirebbe addirittura il fondamento dell'azione pauliana).

Più delicata appare la valutazione del passo dell'Argou, il quale fa addirittura rientrare in toto l'istituto della revocatoria (che egli dice scarsamente praticata) nell'esercizio dei diritti del debitore da parte del creditore. Per parlare di tale esercizio, egli prende le mosse dall'accettazione di eredità da parte del creditore, accettazione che sembrerebbe subordinata al requisito del consilium fraudis presso il debitore (cfr. le allusioni al débiteur frauduleux nei cenni storici dell'istituto); mentre, con l'esempio successivo, l'autore configura l'ipotesi di un creditore che, in pieno accordo con il proprio debitore e con il terzo, esercita i diritti del debitore e così si assicura un iniquo vantaggio alle spalle degli ulteriori creditori del terzo. Lasciando da parte quest'ultima ipotesi (su cui vedi oltre, nel testo), è chiaro che l'accettazione di eredità non può costituire, nemmeno nel sistema dell'Argou, un sicuro esempio di azione surrogatoria generale (basti pensare che il creditore esercita un diritto che oramai non spetta più al debitore).

Si può ricordare che il De Ferriere Cl., nel *Corps* cit., t. 4°, p. 660, n. 21, sembra fare dell'accettazione ereditaria un fatto costitutivo (cfr. l'inciso « nous ne sommes pas censés aliener et perdre ce qui n'est pas à nous »), mentre sembra fare della rinuncia un fatto impeditivo nel successivo *Nouveau commentaire* cit., p. 347, (cfr. l'inciso « ...quoi qu'l soit permis a chacun de renoncer à ses droits »). Non credo peraltro che il diverso modo di espressione sia pienamente consapevole.

Il Lebrun, *Traité* cit., II, 2, 2, 42, afferma che l'accettazione ereditaria del creditore reagisce contro « un rifiuto », un « abbandono di diritti » (dunque contro un atto di disposizione di diritti già acquistati), e lascia credere che tale accettazione abbia carattere revocatorio (così viene ricostruito il suo pensiero dal Cantoni, op. cit., p. 10 e sgg.); ma poi aggiunge che l'istituto in esame *deroga* al principio secondo cui l'inerzia di chi non acquista diritti non costituisce frode ai fini dei prin-

gire a qualche storico recente (9).

La graduale confusione di questo procedimento revocatorio con un atto surrogatorio è peraltro spiegabile. Dapprima, l'istituto in esame costituì, nella sistematica degli autori francesi, il naturale trait d'union tra l'azione pauliana e gli esempi di exercice des droits du debiteur; più tardi taluni autori, avendo perso la nozione della funzione meramente impeditiva della rinunzia (ed essendo influenzati dall'opposto concetto romanistico per cui l'eredità si acquista con l'accettazione), considerarono l'accettazione del creditore come il prototipo dell'exercice des droits du débiteur.

---

cipii pauliani (e così lascia pensare che il creditore, accettando l'eredità, supplisca alla semplice inerzia del debitore).

Secondo DUMOULIN, che trapiantava nel diritto consuetudinario francese i concetti romanistici, il mancató acquisto dell'eredità seguiva alla mancata accettazione; la quale, essendo fatto negativo, sfuggiva ad ogni possibilità di impugnativa pauliana.

Egli perciò riteneva che contro la rinunzia semplice all'eredità i creditori fossero impotenti, mentre avrebbero potuto intentare una revocatoria se il debitore chiamato avesse rinunziato all'eredità dietro corrispettivo (perchè in tale caso la apparente rinunzia avrebbe avuto carattere di accettazione seguita da alienazione). Naturalmente, questa soluzione pareva insufficiente agli altri autori, che se ne mostravano scandalizzati (cfr. BASNAGE, *La Coutume* cit., sub art. 278).

Nella valutazione degli autori più recenti, l'accettazione di eredità ad opera del creditore, qual'è prevista dal diritto consuetudinario francese, appare come un'estensione dell'azione revocatoria (CICU, *Obbligazione* cit., p. 91).

(9) Il BOSC, in *Étude* cit., vede nell'accettazione di eredità da parte del creditore la prima documentazione storica di un'antica azione surrogatoria di origine consuetudinaria. L'art. 278 della coutume di Normandia, redazione 1577-1583, è il primo testo (in ordine di tempo) che si possa citare in questa direzione. Non si conosce lo stato anteriore delle consuetudini sul punto: e pertanto non è possibile stabilire in modo certo se tale art. affondi le sue radici in un principio di tipo revocatorio, o di tipo surrogatorio.

La lettera dell'art. 278 cit., con l'espressione ridondante « ..s'il renonce ou ne veuille accepter... » non suggerisce alcuna particolare ricostruzione dei suoi precedenti.

Sembra peraltro di poter dire che, se nelle consuetudini francesi fosse stata immanente un'azione surrogatoria generale, essa avrebbe lasciato tracce più vistose. Ricorda inoltre il silenzio serbato sull'istituto dal DUMOULIN e dal D'ARGENTRÉ (vedi nota 1 al § 8).

Così, attraverso un equivoco (cioè: attraverso la confusione fra revocazione di un atto, ed esercizio di diritti altrui), si operava, in Francia, un singolare fenomeno di agglutinamento: per cui l'accettazione obliqua di eredità veniva posta sullo stesso piano dell'esercizio di poteri altrui.

A parte l'accettazione di eredità ex persona debitoris, a parte le poche ipotesi di esercizio obliquo di diritti, menzionate dai repertorii o dagli autori, che si giustificano in base alle norme francesi regie (10), od alle norme di diritto comune concernenti il concorso (11), a parte infine altri casi, in cui l'esercizio dei diritti era verosimilmente preceduto da una surrogazione convenzionale (12), si nota che tutti gli altri esempii di esercizio di diritti del debitore da parte del creditore si concentrano intorno a tre figure:

1°: l'azione di rescissione per lesione enorme, intentata dal creditore contro il terzo, a cui il debitore abbia venduto (13);

---

(10) Mi riferisco all'esempio (proposto dal DU ROUSSEAUD DE LACOMBE) facente perno sul potere di impugnativa riconosciuto al creditore in ordine a determinate sentenze (op. loc. ult. cit., n. 13). Tale ipotesi era prevista dall'ordinanza regia del 1667 destinata a regolare la procedura giudiziaria.

(11) Mi riferisco all'esempio portato da SERRES, *Institutions* cit., loc. cit., in cui il creditore oppone la prescrizione, di cui il debitore « ne voudroit pas se servir ». Tale esempio presuppone il conflitto fra due creditori (quello cui giova, e quello cui nuoce la prescrizione), ed inoltre il rimedio fatto valere è un'eccezione. Tutto fa pensare a una comune eccezione surrogatoria sollevata nel concorso.

(12) V. ARGOU, *Institution* cit., p. 455. Il creditore della donna coniugata subentra nell'ipoteca generale stabilita a favore della donna contro il marito, per obbligazioni da quella contratte a vantaggio di questi. Poichè tale ipoteca ha la stessa data del matrimonio, tutti i creditori del marito (successivi al matrimonio) debbono subire la prelazione stabilita a favore di quel creditore (ulteriore), il quale, ottenendo fideiussione dalla donna, subentri nell'ipoteca generale di cui sopra. Qui è chiara la collusione fra il creditore della donna, la donna stessa, ed il marito. E' pertanto legittima la supposizione che l'esercizio dei diritti della donna da parte del creditore fosse preceduto da una cessione (o dazione in pegno) dell'azione ipotecaria.

(13) E' significativo che lo ZUCCONI, a p. 779 dell'op. cit., enuncia questo come unico esempio di azione (e non, di semplice eccezione) surrogatoria, da lui riscontrata negli autori.

2°: la condictio indebiti, che il creditore dell'erede (il quale abbia adempiuto il fidecommesso avanti la scadenza) intenta contro il terzo beneficiario per ottenere la restituzione dei frutti;

3°: l'esercizio del riscatto, effettuato dal creditore ex persona del debitore che ha alienato.

Per esperire i rimedii indicati, non occorre che il creditore possa vantare un'ipoteca sui beni del debitore (14); il che differenzia ulteriormente l'istituto in esame dai poteri derivanti dalla obligatio bonorum.

Soffermandoci ora sulla rescissoria, sulla condictio dei frutti, sul riscatto della cosa venduta, notiamo subito una nota peculiarissima, comune all'uno ed all'altro istituto: tutti questi rimedii, in quanto vengano promossi dal creditore, reagiscono non solo ad una inerzia attuale del debitore, ma anche ad un suo comportamento precedente, consistente in una alienazione svantaggiosa (15), od in un atto compiuto in pura perdita. Per cui, l'impugnativa della vendita, o la condictio dei frutti, possono essere concesse al creditore anche in via revocatoria.

Le singolari circostanze finora esposte (riduzione degli esempi di azioni fatte valere in via surrogatoria alle ipotesi

---

(14) Esclusa l'ipotesi del riscatto, su cui non è facile pronunciarsi. La giurisprudenza francese riferita dal Maynardo, *Notables questions*, cit., III, 70, su cui si fondano Brillon e gli altri raccoglitori, non richiede l'ipoteca per l'esperimento della rescissoria. Serres concede la rescissoria e la condictio dei frutti anche ai creditori successivi alla vendita, della cui rescissione si tratta, indipendentemente dal requisito dell'ipoteca; neanche De Ferriere Cl. J., *Dictionnaire* cit., fa menzione di tale requisito (anzi, parla dell'azione rescissoria obliqua sotto la rubrica créancier, e non già, sotto le successive voci — più specializzate — créancier hypothécaire, o privilégié).

Quanto al potere di accettazione obliqua di eredità, sembra probabile che esso sia stato concesso solo a chi fosse creditore prima della rinuncia (cfr. documentazione in De Ferriere, *Corps* cit., IV, sub art. CCCXVI, n. 23).

(15) La sproporzione fra le prestazioni è immancabile quando si tratti di vendita viziata da lesione ultra dimidium; ed è per lo meno normale quando si tratti di vendita con patto di riscatto.

su esposte; ambivalenza, in tutte le ipotesi surriferite, del processo revocatorio e di quello surrogatorio) sono sufficienti a far avanzare la congettura che segue.

I giuristi francesi, in una certa epoca, constatarono che lo stesso atto poteva essere attaccato sia dal debitore (con la rescissoria, con il riscatto, o con la condictio indebiti) sia dal creditore (con l'azione revocatoria). Gradualmente, perdettero la nozione del distinto significato delle due forme di legittimazione; il che fu reso particolarmente facile dal nome di action rescissoire (16), frequentemente attribuito all'impugnativa degli atti fraudolenti, e dalla tormentata storia del requisito del consilium fraudis.

Quando in Francia ed altrove perse terreno l'azione pauliana generale (17), perchè sopraffatta dalla ben più energica garanzia fondata sulla obligatio bonorum (18), si salvarono dal naufragio dell'istituto la revocatoria della rinunzia ere-

---

(16) Vedi questa nomenclatura ancora in Tambour, *Voies d'exécution* cit., II, p. 333; e, fuori di Francia, in De Luca, op. loc. cit.

(17) Il Du Rousseaud de Lacombe (op. cit., ult. cit.) nega addirittura l'applicabilità dell'istituto per diritto francese; Merlin accusa questo autore di semplice « esagerazione »; anche Argou dice poco praticato l'istituto, pur negando che sia desueto. A differenza dei precedenti, il Boutaric ed il Serres si dilungano sulle differenze di regolamento fra azione revocatoria romana e francese (*Institutes* cit., IV, VI, § 6; *Institutions* cit., p. 562). Il Coquille ed il Domat ammettono la piena applicazione dei principii romani.

Un argomento favorevole alla vitalità della pauliana in Francia è costituito dall'ordinanza regia del 1673 sul commercio, che dedica una congrua trattazione alla revocatoria fallimentare.

(18) Di fatto, quasi tutti i crediti di una certa entità erano protetti dall'ipoteca immobiliare generale, e nessun creditore faceva affidamento sul patrimonio mobiliare dell'obbligato. Il creditore ipotecario non aveva interesse alla revoca di alienazioni onerose o gratuite disposte dal debitore, in quanto tali alienazioni non pregiudicavano punto le sue garanzie, che erano opponibili a chicchessia. Fra gli autori del diritto comune sorse a questo proposito una grave disputa, perchè in una certa epoca si negò che il creditore ipotecario potesse agire in revocatoria (così A. Fabro, *Coniecturae* cit., li. XX, ca. 6; Schifordeg, lib. 1 ad A. Fabr., Tract. 8, quest. 1, 2, 3; contra Voet, *Commentarius* cit., XLII, 8, 3; Perezio, *ad Cod.* cit., VII, 75, 4; Richeri, *Iurisprudentia* cit., li. IV, ti. VI, § 202, Vulteio, *ad § 6 Inst., De action.* n. 49).

ditaria, dell'atto affetto da lesione ultra dimidium, della vendita con patto di riscatto, e del rilascio anticipato di fidecommesso, perchè si trovò il modo di puntellare (più o meno adeguatamente) tali applicazioni, ricorrendo alla teoria dell'esercizio dei diritti del debitore da parte del creditore.

Questa assimilazione graduale spiega anche la sistematica francese dell'epoca, che suole trattare dell'esercizio delle azioni del debitore in calce all'azione revocatoria, o, più curiosamente, dell'azione pauliana in calce all'esercizio dei diritti del debitore (19).

Simili illazioni possono trarsi senza sforzo dai connotati che l'esercizio dei diritti dei debitori assume presso gli autori finora passati in rassegna. Peraltro, lo sviluppo storico sopra esposto trova una prova diretta, e non soltanto induttiva, nella fonte prima della tradizione che concede al creditore l'azione di rescissione per lesione ultra dimidium.

E' noto che, su tale punto, gli stessi studiosi delle coutumes citano come precedenti alcuni passi di Carondas, Maynardo e Brillon. I passi del Carondas appaiono noti di seconda mano attraverso la citazione di Maynardo e di Brillon, il passo di Brillon non dice nulla o quasi (20). La fonte principale è dunque il Maynardo.

Questo autore scriveva per diritto comune (la sua opera è

---

(19) Il progetto del titolo II del libro III del code civil che poi fu chiamato Napoléon conteneva di seguito agli art. 61 e 62 (relativi rispettivamente all'esercizio dei diritti del debitore da parte del creditore, ed all'azione revocatoria) un art. 63 (che fu poi trasportato nella sezione relativa alla rinuncia di eredità, art. 788 code Nap.), che prevedeva la rinuncia, operata dal debitore, ad una successione o ad una donazione già accettata.

(20) *Dictionnaire arrests* cit., voce Créancier, sottovoce droits du debiteur: « Un créancier peut exercer les droits de son débiteur, arrest du Parlem. de Paris du 9 juin 1698, Journal des audiences, to. 5 li. 14, ch. 8 ». Nel *Dictionnaire civil et canonique, contenant ...les principes du droit françois, conferé avec le droit romain,* Parigi 1687 (anonimo, ma notoriamente scritto dal BRILLON), non si fa cenno di tale potere del creditore.

un commento di decisioni prese sulla scorta del corpus iuris) (21). Come si spiega dunque che egli sia giunto a concedere « le remede d'outre moitié » al creditore? Nel corso del passo (22) egli dice testualmente che, se il creditore chiedesse la lettera di rescissione dell'alienazione compiuta dal debitore, l'acquirente gli opporrebbe fondati fins de non recevoir; e che viceversa è lecito ai creditori intentare un'azione revocatoria contro la vendita effettuata per un prezzo inferiore alla metà del valore del fondo, la quale si presume senz'altro fraudolenta. Se un capitolo del Maynardo ha tratto in inganno numerosi commentatori (23), la stessa rubrica del capitolo ha cura di chiarire che « le remede d'outre moitié » può essere intentato dai creditori *de iure creditorum* (e non, viceversa, ex persona debitoris) (24).

Si conferma così che l'azione pseudosurrogatoria avente ad oggetto il rimedio di ultradimidium era all'inizio una revocatoria, di origine schiettamente romanistica. Gli studiosi del diritto applicato l'hanno poi avvicinata alla pseudosurrogatoria

---

(21) Il titolo dell'opera è precisamente: « Notables et singulieres questions du droict escrit, decidees et jugees par arrests de la Cour... de Tholose » (si noti l'espressione: diritto *scritto*). Sono chiamati ad ispirare la soluzione dei problemi di cui oltre « L. edic. 3 C. si advers. fisc. et alibi saepius ».

(22) Si tratta del passo li. III, ch. LXX, che si trova citato ad ogni piè sospinto nella teoria del nostro istituto.

(23) Il linguaggio del MAYNARDO non è sempre facile, nè chiaro; il che moltiplica le possibilità di erronee interpretazioni. All'inizio del passo parrebbe di poter leggere che « i creditori..., vivendo il debitore, possono... rivolgersi contro colui che ha acquistato il fondo ». Ma la frase, resa pittoresca dallo scarso rispetto della consecutio temporum, è più complessa, e dice: « Sorge la difficoltà di decidere se i *creditori,* essendo morto senza eredi il debitore, supposto inoltre che — *durante la vita del debitore* — i creditori non avessero avuto modo di farsi pagare, *possono rivolgersi* ecc. » (ho sottolineato le parole che, avvicinate le une alle altre, hanno lasciato leggere una pretesa massima progenitrice dell'art. 1166 cod. Nap.).

(24) Quanto esposto sopra valeva solo per i creditori chirografarii. Peraltro il MAYNARDO riconosceva al creditore ipotecario il potere di perseguire il fondo venduto dal debitore, senza nemmeno offrire all'acquirente la restituzione del prezzo: anche il potere fondato sull'ipoteca ha dunque una natura non surrogatoria.

avente ad oggetto la accettazione ereditaria, risultante, a sua volta, dall'incrocio fra un principio romano (revocabilità dell'atto fraudolento) ed un principio consuetudinario (natura positiva della rinuncia all'eredità).

Per non appesantire troppo la ricerca, darò un cenno più sommario del potere, riconosciuto al creditore, di esercitare il riscatto che il debitore si sia riservato al momento dell'alienazione.

Preliminarmente va osservato che tale potere non s'inserisce nella genesi storica dell'art. 1166, tanto è vero che, nello stesso code Nap., è regolato a parte (e cioè sub art. 1666, in tema di patto di riscatto; anche il cod. civ. it. 1865 regolava l'azione surrogatoria all'art. 1234 e il potere di riscatto del creditore all'art. 1521, 2° co.); sebbene le concrete divergenze di regolamento fra l'ipotesi generale di cui all'art. 1166, e l'ipotesi di cui si tratta, fossero e siano controvertibili e controverse (25).

---

(25) L'art. 1166 fa salvo, a favore del terzo, un beneficio di escussione. Si è cercato di spiegare tale regola in varii modi.

In un primo tempo, qualcuno l'ha considerata una piana applicazione del beneficio di escussione che, per cod. francese, spetta al terzo possessore di cosa ipotecata (DEMOLOMBE, op. cit., n. 115 bis, MARCADÉ, op. cit., sub art. 1666, e molti altri). In tal modo l'azione dell'art. 1666 verrebbe negata al creditore chirografario (salva l'esperibilità della comune azione surrogatoria, la quale peraltro importava, a carico del creditore, l'onere di pagare il prezzo del riscatto). Ovviamente, questa spiegazione non regge di fronte a quelle legislazioni (belga, italiana) in cui, di massima, il terzo possessore di cosa ipotecata non gode il beneficio dell'escussione.

Nella seconda metà del secolo scorso tale interpretazione è stata criticata anche in Francia, perchè renderebbe superfluo l'art. cit., e perchè imporrebbe una distinzione praeter legem fra creditore ipotecario e chirografario (PLANIOL, RIPERT, HAMEL, *Traité prat. du droit civ. franç.*, X, *Contrats civils*, I, *Vente*, n. 194; BAUDRY LACANTINERIE e SAIGNAT, *De la vente et le l'échange* cit., n. 637).

Una corrente ha definito la norma contenuta negli artt. 1666 e 1521, 2° co., citt. come una deroga (sfavorevole al creditore) ai comuni principii sulla surrogazione, deroga giustificata dall'equità, o dalla particolare gravità del potere riconosciuto al creditore ai fini del riscatto (CHIRONI, op. cit., BOSC, *Étude* cit., p. 132 e sgg.).

Da altri l'art. 1666 (o meglio, il corrispondente art. 1521, 2° co., cod. it.) è stato considerato come un'applicazione piana del requisito

Preciserò inoltre che anche là, dove le fonti parlano di un esercizio del riscatto ad opera dei creditori, esse alludono, nella maggior parte dei casi, alla semplice possibilità di trasferire o di espropriare il potere di riscatto (26).

Ciò premesso dirò che, ove anche fossimo in presenza di fonti che concedono ineccepibilmente al creditore di effettuare il riscatto absque cessione, le più plausibili origini dell'istituto si ridurrebbero a due:

forse si tratta (almeno in origine) di un potere apparentemente surrogatorio, ma effettivamente revocatorio: il che è perfettamente spiegabile, poichè la vendita con patto di riscatto viene conclusa normalmente a condizioni rovinose;

forse si tratta invece di una normale applicazione dei principii sull'ipoteca.

In ogni caso, l'esercizio del patto di riscatto da parte del creditore non affonda le sue radici nella consuetudine; esso è elaborato nell'ambito dei principii del diritto scritto, e risale al pensiero di autori non tutti francesi, anteriori allo stesso De Olea.

Qual'è dunque, in sintesi, la reale portata della massima « créancier peut exercer les droits et les actions du débiteur »?

Tale massima ha innanzitutto un valore *generale* condizio-

---

del periculum damni, sempre insito nella fattispecie che dà luogo al potere di agire in via surrogatoria. Anche con questa spiegazione, l'art. 1521, 2° co., diventa superfluo (GORLA, *La compravendita e la permuta*, Torino 1937, in *Trattato* VASSALLI, p. 309; e ivi citazioni).

Altri infine hanno considerato il potere di cui all'art. 1666 come del tutto autonomo rispetto all'azione ipotecaria e rispetto all'azione surrogatoria (BORSARI, *Commentario* cit., sub art. 1521, § 3573, secondo cui l'art. 1521, 2° co., cit., è inapplicabile ogni qual volta il creditore esperisce l'azione ipotecaria, o procede in via surrogatoria).

Fra gli autori italiani, non si è mancato di sostenere che il 2° co. dell'art. 1521 rappresentava il frutto di una mancata armonizzazione del regolamento del patto di riscatto e dell'azione ipotecaria (BORSARI, op. loc. cit.).

(26) Il problema dell'esproprio del potere di riscatto era complicato dall'incedibilità di tale potere (o, come si diceva un tempo, del patto). DE CASTRO P., *Consiliorum* cit., ritiene che il patto de retrovertendo, normalmente non cedibile, fosse invece trasferibile a favore di un creditore del cedente, perchè in tal caso l'atto di disposizione avverrebbe ex causa necessaria.

nato (cioè: « purchè preceda una cessione spontanea o forzosa del diritto o dell'azione dal debitore al creditore »); mentre acquista una portata limitata e speciale, ma incondizionata, quando si riferisce all'accettazione ereditaria, alla rescissione, al riscatto, alla condictio, od alle eccezioni fatte valere in sede di concorso.

Nel suo primo significato, la massima vale semplicemente a sconfessare il canone romanistico dell'intrasmissibilità delle azioni e dei crediti; nel secondo significato, essa enuncia il principio della concorrente legittimazione del creditore e del debitore all'azione, od all'eccezione. Per accertare se la legittimazione del creditore abbia acquisito natura propriamente e meramente surrogatoria (per sapere cioè se il diritto esercitato dal creditore spettasse solo al debitore o ad entrambi), bisognerebbe sapere come reagiva, sul potere del creditore, l'eventuale rinuncia o transazione operata dal debitore: se l'istituto aveva le origini che la mia ricostruzione tende ad attribuirgli, e se nel decorso di tempo l'influenza di queste origini non si è spenta, tutto lascia supporre che il potere del creditore fosse del tutto autonomo rispetto alle vicende del diritto del debitore, e che l'eventuale transazione o rinuncia del debitore non nuocesse al creditore (27).

La massima polisensa sull'esercizio dei diritti del debitore passò senza contrasti nel code Nap. (art. 1166). Poichè le formule legislative (a differenza dei proverbî giurisprudenziali) non possono normalmente assumere, a seconda dei casi, due opposti significati, l'azione rescissoria (28) si allineò definitivamente con ogni altra azione, e gli interpreti dovettero optare fra la concezione di una cessione ex lege dell'esercizio dei diritti, e la concezione di un procedimento surrogatorio in senso tecnico (legittimazione del creditore all'esercizio di diritti tuttora spettanti al solo debitore).

---

(27) A parte il caso delle eccezioni fatte valere nel concorso, di cui ho parlato altrove.

(28) Coll'emanazione del code Nap., perdeva ogni consistenza la questione relativa all'adempimento anticipato dell'onere fidecommissario.

Lo stato del pensiero francese e non francese in questo periodo di tempo illumina indirettamente il pensiero dei giuristi dei secoli anteriori. Se risulterà che, nemmeno nei primi decennî successivi alla codificazione, un'azione surrogatoria generale in senso tecnico fu nota alla dottrina, questa sarà la prova più convincente della ricostruzione, da me proposta, dello stato del diritto anteriore.

§ 10. - Nascita dell'azione surrogatoria generale nella giurisprudenza francese del sec. XIX.

Ciò premesso, osservo che, almeno fino al 1862, in sede di interpretazione del code Nap., o di applicazione del diritto non codificato nei tempi e nei paesi in cui il code Nap. non fu in vigore, furono rappresentate tutte le concezioni dello esercizio dei diritti del debitore, che già ho riscontrato nei giuristi del diritto comune, o del diritto francese prerivoluzionario.

Anche in questa ulteriore fase vengono talora qualificati come casi di esercizio di diritti del debitore fenomeni che nulla hanno a vedere con il procedimento surrogatorio: ad es., il potere di sequestrare quanto è dovuto al debitore (1).

Talora, gli autori si preoccupano semplicemente di riaffermare che, ai sensi dell'art. 1166, i crediti sono trasferibili; questo concetto viene espresso o in forma diretta (2), o negando che l'art. 1166 code Nap. innovi rispetto al diritto romano (3), o

---

(1) Merlin, *Repertorio* cit., voce *Creditore*, n. 7 (il testo pubblicato in francese nel 1807 non tiene conto del code Nap.); Duranton, *Cours* cit., VI, p. 195, n. 545, per code Nap.; Corte d'app. di Piemonte 11 ottobre 1856, in *Diario forense* 1856, p. 772 e sgg. (per codice albertino).

(2) Regis, *Dizionario* cit., voce *Creditore*, 482 « Il creditore ipotecario, o qualunque altro, può agire in forza della cessione delle azioni ad esso lui fatta dal debitore ». Evidente l'inserimento successivo della frase « o qualunque altro ». L'aut. cit. si è forse ispirato ad un testo di diritto comune che parlava della cessione *tacita* di azioni al creditore *ipotecario*: credendo che lo stesso testo si riferisse alla cessione espressa, pensò di estendere l'applicazione ad un maggior numero di casi.

(3) Così Malleville, uno dei redattori del code Nap. (vedi notizie in Marcade', op. cit. sub art. 1166); id. *Manuale forense Pomba*, Torino 1841, sub art. 1257 del codice albertino.

affermando che l'art. 1166 vale solo a limitare la portata del precedente art. 1165, contenente il tradizionale principio alteri stipulari nemo potest (4). Questi scrittori svuotano di ogni pratica importanza la norma in esame, e rinviano alle norme comuni sui trasferimenti, sul pignoramento, sul sequestro, ecc., per chiarire come possa diventare attuale il potenziale potere di esercizio dei creditori.

L'insegnamento ricordato da ultimo lasciò tracce (attenuate) presso quanti vedevano nel conferimento negoziale di poteri, dal debitore al creditore, il presupposto *normale* per l'esercizio dei diritti del debitore stesso (5).

Altre volte, il principio surrogatorio viene invocato per giustificare semplicemente la proponibilità di eccezioni tra concreditori (6); talora, infine, la lata enunciazione del principio surrogatorio è seguita da una significativa casistica rigida e tipica, che contempla i soli esempi tradizionali: l'accettazione di eredità e l'azione rescissoria per lesione (7).

Pochi decennî dopo l'entrata in vigore del cod. Nap., questi insegnamenti involutivi vengono superati da una communis opinio dottrinale, imperniata su questo schema: l'art. 1166 code Nap. considera un trasferimento di poteri dal debitore al creditore, operato in virtù di una surrogazione giudiziale (8).

La surrogazione giudiziale viene talora presentata come

---

(4) DELVINCOURT, *Institutes*, cit., II, p. 268; DEMANTE, *Programme* cit., p. 347 e nota 2 a p. 348.

(5) MOURLON, *Répétitions* cit., nn. 1170 e sgg.

(6) Cfr. sentenza del Senato di Genova 26 luglio 1817, in *Giurispr. cod. civ.*, Alessandria, anno 1842, 76, in nota. Nella specie, un creditore chirografario contende con altri creditori muniti di ipoteca.

(7) Ancora MALLEVILLE, nel luogo cit.; e MERLIN, op. loc. cit.

(8) Per un certo periodo, fu questa l'opinione dominante in dottrina: TOULLIER, *Droit civil* cit., t. III, n. 370, p. 368; PROUDHON, *De l'usufruit*, t. V, n. 2236 a 2257; DEMANTE, *Programme* cit., n. 81, nota 1; MARCADE', *Explication* cit., sub art. 1166; oltre a ROLLAND ed altri meno noti. La giurisprudenza francese, nella prima metà del sec. XIX, si acconciò a questa tesi.

modo di cessione di azione (9), e talvolta, invece, come mandato (10); a seconda delle premesse, il creditore viene considerato come avente causa o, all'opposto, come rappresentante del debitore.

Peraltro, si ricordi che il mandato ad agire del diritto romano e comune era la forma e lo strumento mediante il quale si realizzava la cessione del credito; e che quindi fra cessione e mandato poté continuare a sussistere una diversità più di parole che di concetti (11) (senza contare che l'espressione « agire in nome altrui, du chef du débiteur » non ha, in quest'epoca, alcun significato tecnico) (12). O, se mai si fece una distinzione,

---

(9) MARCADE', DEMANTE, ecc. Essi sostengono la equiparazione della surrogazione alla cessione convenzionale. In armonia con quest'idea, si afferma che la surrogazione deve essere notificata al debitore, il quale non potrà più riscuotere nè transigere, nè, tanto meno, alienare il diritto che il creditore intende far valere (COLMET DE SANTERRE, op. loc. cit.).

(10) Ad es. MOURLON, *Répétitions* cit., n. 1170 e sgg., nel riferire la teoria (da lui peraltro rifiutata) della surrogazione; DURANTON, *Cours* cit., VI, p. 195, ma senza pronunciarsi esplicitamente a favore della necessità dell'atto di surrogazione.

(11) Ne abbiamo la prova leggendo DURANTON, *Cours* cit., loc. cit. Tale autore considera i creditori procedenti ex art. 1166 code Nap. come rappresentanti del debitore, i quali agiscono a suo nome; tuttavia è ben lontana dal suo pensiero l'idea che il debitore, una volta che il creditore ha preso a rappresentarlo, facendo valere un diritto, possa ancora ingerirsi nello stesso diritto transigendo o riscuotendo (cfr. infatti l'esposizione delle limitate differenze che l'autore scorge fra gli effetti dell'azione surrogatoria, e gli effetti del sequestro).

(12) Anche la storia dei vocaboli ha un certo interesse. Originariamente l'espressione « ex persona debitoris », attribuita all'attività del creditore o di altri, significò semplicemente che la posizione del creditore o di altri trovava la sua genesi nella posizione del debitore. Così già GAIO, a proposito del bonorum emptor, dice che egli « ex persona eius, cuius bona emerit, sumpta intentione convertit condemnationem in suam personam » (IV, 34, 35). Nè quella conversio supponeva la finzione di identità fra emptor e debitore, perchè anzi il primo si fingeva semplicemente erede del secondo.

Lo stesso dicasi dell'espressione « debitoris nomine ». Cfr. GAIO, IV, 65, a proposito del bonorum emptor che agisce *defraudatoris* nomine (e cfr. SOLAZZI, *Concorso* cit., II, p. 161, il quale ci conferma che qui l'espressione def. nomine indica la genesi del debito).

In D. 42, 5, 25 l'espressione eo nomine vale « a tale titolo ». In C. 4,

essa operò in questa direzione: che il creditore procedente ex art. 1166 doveva ripartire il ricavato con gli altri creditori, a differenza del creditore che abbia promosso un sequestro od un pignoramento (13).

Verso la metà del secolo scorso, nuovi orientamenti rivoluzionano la giurisprudenza francese, mentre svolte parallele si operano nell'atteggiamento della dottrina.

La Cassazione prende infatti a decidere che l'esercizio delle azioni e dei diritti del debitore può avere luogo senza previa surrogazione giudiziale (14); nel frattempo, svanisce ogni residua distinzione fra creditore ipotecario e creditore chirografario (15), e fra creditore con credito anteriore, o successivo, alla costituzione del diritto del debitore (16).

La vanificazione della fattispecie che dà luogo al potere del creditore prende a marcare le differenze esteriori fra azione surrogatoria e sequestro. Soprattutto, essa tende a vedere una norma conclusa e perfetta in quell'art. 1166 code Nap., che fino allora era stato concepito come una norma integranda, conte-

---

30, 15, la frase « exceptio competit [non numeratae] dotis vel *alterius causae nomine* » significa « eccezione di dote [non numerata] o avente *altro contenuto* ».

La varietà dei termini e dei risultati si trova negli scrittori del diritto comune. GAITO (*Tractatus* cit., loc. cit., n. 1827) dice che in sede di concorso il creditore solleva eccezioni contro altri creditori *ex persona debitoris*.

Quando gli autori francesi dicono che il creditore agisce « au nom de son débiteur », o « du chef du débiteur », non danno a queste locuzioni un significato preciso.

Nella dottrina italiana si segnala addirittura l'uso promiscuo e indifferenziato dei termini successore — avente causa — rappresentante (BORSARI, *Commentario* cit., § 3165 sub art. 1234: « I creditori... nella qualità di aventi causa sono successori dei debitori nel proprio interesse, e in siffatto rapporto li rappresentano »).

(13) DURANTON, op. loc. ult. cit., e molti autori successivi.

(14) Cass. 23 gennaio 1849, ricordata da molti autori, cfr. *Jur. gén. Dalloz* 1873, sub art. 1166, n. 134, Req. 2 luglio 1851. Corte Angers 25 agosto 1852, Corte Bourges 21 maggio 1859, tutte ivi.

(15) Corte Colmar 1 febbraio 1855, in *Jur. gén. Dalloz* 1873, sub art. 1166, n. 3.

(16) Sent. Corte Limoges 13 febbraio 1828, e successive, in *Jur. gén. Dalloz* 1873, n. 7-9.

nente un implicito rinvio alle norme sostanziali e processuali sul trasferimento, pignoramento, e sequestro dei crediti e delle azioni.

Considerare l'art. 1166 come un corpus concluso a sè stante ed interpretarlo di conseguenza, significò anche staccarlo dai suoi immediati precedenti storici (oltrechè dalla volontà probabile dei redattori).

L'interpretazione dell'articolo quale entità a sè stante non portò soltanto alla vanificazione della fattispecie, ma eliminò altresì un importante sostegno del concetto della surrogazione-trasferimento; infatti, essa rifuggì dal vedere escluso ogni potere del debitore dal diritto fatto valere dal creditore, là dove l'art. in esame non fa menzione di questa esclusione. Dalla negazione dell'esclusione del debitore dal diritto esercitato del creditore, sgorga spontanea la concezione della legittimazione concorrente (del creditore e del debitore) all'azione, ed il riconoscimento dell'appartenenza al debitore del rapporto fatto valere.

Nel 1862 la Cassazione di Francia, ispirandosi a queste premesse logiche, enunciava la massima fondamentale, secondo cui i creditori che esercitano i diritti del debitore non lo privano del diritto di disporre; e che perciò il debitore può, anche dopo che il creditore ha preso ad agire in ordine ad un determinato rapporto, transigere con il terzo, salvo il caso di frode (17).

In questa sentenza non si parla del diritto del debitore di riscuotere, diritto che marcherebbe nel modo più fermo l'alienità del diritto fatto valere dal creditore. Ma in sostanza tale alienità è sufficientemente e limpidamente affermata.

Dopo un mezzo secolo anche la Cassazione italiana aveva occasione di proclamare il medesimo principio (18).

---

(17) Req. 18 febbraio di tale anno, in *Dalloz per.* 1862, I, 248, e in tutte le raccolte dell'epoca.

(18) Dapprima Cass. Napoli 20 febbraio 1919, in *Foro it.* 1919, I, 404; e poi Cass. Regno 29 gennaio 1932, n. 359, ined. La prima sentenza parla di disponibilità da parte del debitore in genere. La seconda, di transazione conclusa dal debitore.

Queste sentenze costituiscono l'atto di nascita dell'azione surrogatoria generale; in esse ha fine la serie delle alterne fasi evolutive ed involutive del nostro istituto.

Tali sentenze peraltro, se segnano nel loro insieme una tappa fondamentale nell'evoluzione storica del diritto applicato, non estinguono senz'altro le divergenze dottrinali, le esitazioni della giurisprudenza periferica, i residui di insegnamenti superati (19).

Ecco un cenno delle varie correnti che si sono contese il campo nei varî paesi latini fino alla data di entrata in vigore del nuovo cod. civ. it.

Anzitutto, va ricordato che nel 1856 prende ad occupare un suo posto nella dottrina la teoria secondo cui l'esercizio del diritto del debitore da parte del creditore presuppone il titolo esecutivo rilasciato a favore del creditore contro il debitore (20). Questo insegnamento, che equipara l'esercizio dei diritti ad un pignoramento, non ottiene il minimo seguito in giurispruden-

---

(19) Per questi residui basti dire che la giurisprudenza ha dovuto respingere gli ultimi tentativi di riannodare l'azione surrogatoria al presupposto del consenso delle parti interessate. Vedi in Italia Cass. Firenze 25 gennaio 1897, in *Annali* 1897, 66; Cass. Palermo 19 agosto 1915, in *Foro Sic.* 1915, 475; App. Venezia 2 settembre 1926, in *Riv. dir. com.* 1926, 620.

(20) E' la ben nota teoria del LABBE', *Exercice* cit., apparsa nel 1856; essa viene accolta dallo HUC, *Cession* cit., I, p. 122. Il COLMET DE SANTERRE, *Cours* cit., V, sub art. 1166, si dichiara favorevole, cumulativamente, al requisito del titolo esecutivo ed a quello della surrogazione giudiziale (risp. p. 118 e 119). Contro, tutti gli autori successivi.

In Italia, la teoria è accolta dal CHIRONI, *Istituzioni* cit., § 307.

Il cod. civ. spagnolo riflette questo stadio dell'elaborazione dell'istituto. L'art. 1111 si limita infatti a sancire che l'esecuzione può aver luogo anche sui diritti e sulle azioni; si insegna che tale esecuzione presuppone sì l'insufficienza dei beni mobili e immobili del debitore, ma non, un vero accertamento *preventivo* di tale insolvibilità (vedi SANCHEZ ROMAN, *Estudios de derecho civil*, Madrid 1899, IV, p. 290; Cass. 31 dicembre 1895, in Cod. civ. commentato da MARTINEZ RUIZ, Madrid 1909, VII, sub art. 1111, p. 144; Cass. 23 giugno 1903, in Cod. civ. annotato da CATALA' y GAVILA, sub art. 1111; Cass. 2 giugno 1920, in Cod. civ. esp., tr. fr. LE PELLEY, Parigi 1932, sub art. 1111).

Il diritto spagnolo non conosce dunque un'azione surrogatoria in senso proprio.

za (21), e presto scompare anche dal campo della dottrina, lasciando però le tracce di sè nell'ulteriore disputa, se il creditore debba avere, o meno, un diritto certo, liquido ed esigibile, come si tende a richiedere in Francia pur senza un sicuro appiglio nella legge (22); e se il creditore debba far precedere

---

(21) Vedi infatti, in Francia, Corte Bordeaux 5 dicembre 1935, Corte Digione 26 gennaio 1870, entrambi in *Jur. gén Dalloz* 1873, art. 1166, n.i 1 e 2; e Cass. 8 luglio 1901, ricordata in AUBRY et RAU, 6ª ed. cit., p. 180; in Italia, vedi App. Bologna 10 novembre 1933, mass. in *Temi emil.* 1934, 56.

(22) Cass. 25 marzo 1942 (req.) in *Rec. Dalloz* 1924, table arrêts, obbligation, n. 10; Trib. Senna 25 ottobre 1936, in *Rec. Dalloz* 1936, Table arrêts, obligation, n. 7. In dottrina, aderiscono a questa linea più rigida BEUDANT, *Cours* cit., VIII, n. 626; CROME, *Teorie* cit., § 23, p. 311; DEMOLOMBE, *Cours* cit., XII, n. 100; HUC, *Cession* cit., n. 78, p. 120; LAURENT, *Principes* cit., XVI, n. 393; BAUDRY LACANTINERIE e BARDE, *Obligations* cit., n. 629; PLANIOL, RIPERT e ESMEIN, *Traité* cit., VII, II, n. 914; BOSC, *Exercice* cit., p. 68; JOSSERAND, *Cours* cit., II, n. 669; GAUDEMET, *Obligations* cit., p. 402. Non mancano peraltro opinioni diverse. AUBRY e RAU, *Droit* cit., 6ª ed., IV, p. 182, chiedono che il credito sia esigibile, anche se illiquido, per l'esercizio dei diritti del debitore con fine di soddisfacimento; mentre accolgono un criterio più largo per l'esercizio con fine conservativo (p. 181); su posizioni analoghe si trova DEMOGUE, *Obligations* cit., VII, n.i 959, 962 (salva l'esplicita equiparazione del credito risolutivamente condizionato al credito puro). COLIN e CAPITANT, *Cours* cit., II, n. 435, chiedono soltanto che il credito sia certo. LAROMBIERE, *Cours* cit., II, sub art. 1166, n. 21, non chiede altro requisito che la esistenza del credito.

La giurisprudenza italiana non ha una linea precisa, ma è orientata verso la larghezza. La Cass. Torino (sent. 19 gennaio 1914, in *Giur. tor.* 1914, 320) chiedeva la sola certezza del credito; la Cass. Regno, che nel 1935 (sent. 3 giugno, in *Foro it.* 1935, I, 1474, e 26 luglio, n. 3008, ined.) si accontentava anche di un credito condizionato, purchè la condizione sia prossima e probabile, nel 1939 enunciava l'idea del credito certo ed attuale (sent. 7 marzo, in *Foro It.* 1939, I, 1407). La giurisprudenza locale è più oscillante. App. Firenze 7 luglio 1902, in *Annali* 1902, 392, non chiede nè la certezza nè la liquidità. Trib. Napoli 1 febbraio 1933, mass. in *Riv. mezzogiorno* 1933, 221, esige il credito certo e scaduto, anche se illiquido. App. Bari 25 luglio 1935, in *Corte Bari* 1936, 33, non chiede la esigibilità. Trib. Napoli 22 marzo 1937, in *Mon. trib.* 1937, 539, e Trib. Genova 6 maggio 1940, in *Temi gen.* 1940, 370, non chiedono nè la liquidità nè la esigibilità.

La dottrina italiana è anche più larga della giurisprudenza, e tende a sopprimere lo stesso requisito della certezza (nel senso di non condizionalità) del credito: GIORGI, *Obbligazioni* cit., II, p. 259; VENZI, nota

l'esercizio dei diritti del debitore da una messa in mora del debitore stesso (23).

Mentre scompare la teoria del titolo esecutivo, perde terreno la teoria della necessità della surrogazione giudiziale: la giurisprudenza italiana finisce per accodarsi a quella francese (24), in piena armonia con la grande maggioranza della dottrina (25), una sparuta corrente, peraltro, imagina praeter

---

p a PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni*, cit., IV, p. 442; RICCI, *Corso* cit., VI, p. 285; PACCHIONI, *Obbligazioni* cit., II, p. 137; D'AVANZO, *Surrogatoria* cit., n. 50, 54, 55; DE RUGGIERO, *Istituzioni* cit., III, p. 159; CASTELLINI, *Azione surrogatoria* cit. Vuole invece il credito certo BORSARI, *Commentario* cit., III, II, § 3165; e vogliono il credito esigibile CHIRONI, *Istituzioni* cit., § 307; PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni* cit., IV, p. 442; STOLFI N., *Obbligazioni*, n. 751.

(23) Per l'affermativa Trib. Rouen 1 dicembre 1852, in *Jur. gén. Dalloz* 1873, art. 1166, n. 130; e, forse, DEMOLOMBE, *Cours* cit., XII, n. 103 (il suo pensiero non è chiaro sul punto). In seguito, la negativa è diventata costante in giurisprudenza (Cass. 7 marzo 1933 cit. in COLIN CAPITANT, *Cours* cit., p. 317) e in dottrina (CROME, *Teorie* cit., § 23, p. 311 nota 22; LAURENT, *Principes* cit., XVI, n. 392; PLANIOL RIPERT e ESMEIN, *Traité* cit., VII, II, n. 909 cit.; BAUDRY LACANTINERIE e BARDE, *Obligations* cit., p. 543, n. 633; BEUDANT, *Cours* cit., VIII, n. 626; COLIN et CAPITANT, *Cours* cit., p. 317; JOSSERAND, *Cours* cit., II, p. 326).

In Italia il problema non si è nemmeno posto, poichè non si suole richiedere l'esigibilità del credito.

(24) Per la necessità dell'atto di surrogazione Trib. Casale 27 gennaio, e 23 agosto 1854, in *Rep. gen. giur. it.* 1848-1859, voce Creditore, n. 1 e 2; Trib. Trani 17 settembre 1891, in *Riv. giur. Trani* 1891, 645. Secondo il Trib. Napoli 27 luglio 1883, in *Legge* 1884, I, 1952, non occorrerebbe una surroga *esplicita*. In seguito, per l'esperibilità dell'azione senza previa surroga, vedi App. Bologna 18 giugno 1885, in *Filangieri* 1885, 532; Cass. Napoli 8 giugno 1917, in *Dir. e giurispr.* 1917, 489; App. Lecce 12 marzo 1936, in *Foro Salent.* 1936, 67.

(25) Cfr. infatti, in Francia, DEMOLOMBE, *Cours* cit., XII, n. 106; LAROMBIERE, *Obligations* cit., II, sub art. 1166, n. 22; LAURENT, *Principes* cit., XVI, n. 397; BAUDRY LACANTINERIE e BARDE, *Obligations* cit., n. 634; CROME, *Teorie* cit., § 23, p. 310; HUC, *Cession* cit., p. 121; BEUDANT, *Cours* cit., VIII, n. 625; COLIN et CAPITANT, *Cours* cit., II, n. 435; DEMOGUE, *Obligations* cit., VII, n. 965; PLANIOL RIPERT e ESMEIN, *Traité* cit., VII, II, n. 914; PLANIOL RIPERT e BOULANGER, *Traité élémentaire* cit., II, n. 1402; GAUDEMET, *Obligations* cit., p. 403; JOSSERAND, *Cours* cit., II, n. 670.

Nella dottrina italiana cfr. BORSARI, *Commentario* cit., III, II, § 3171, GIORGI, *Obbligazioni* cit., II, p. 322, VENZI, alla p. 487 delle *Istituzioni*

legem l'esistenza di due distinte applicazioni dell'art. 1166 code Nap., o 1234 cod. civ. 1865: un potere spettante al creditore quale successore del debitore in virtù della surrogazione giudiziale; ed un potere del creditore, concorrente col potere del debitore, fondato sul solo credito (26).

Sulla posizione del creditore che procede in via surrogatoria si aprono, durante tutto il secolo in esame, divergenze di opinioni sempre più aspre (anche se non è sempre facile distinguere i dibattiti di idee dalle semplici fluttuazioni del vocabolario giuridico). La teoria del potere fondato su un mandato come modo di cessione dell'azione tende a scomparire, per lasciare spazio ai due opposti insegnamenti: del mandato legale come fonte dello speciale potere del creditore, di operare *nella sfera del debitore* (27); e del diritto proprio del creditore, il quale, avvalendosi del potere surrogatorio, opererebbe sulla

---

di PACIFICI MAZZONI cit., IV; RICCI, *Corso* cit., VI, p. 290; DE RUGGIERO, *Istituzioni* cit., III, p. 160; D'AVANZO, *Surrogatoria* cit., n. 61; CASTELLINI, *Azione surrogatoria* cit., p. 91. Taluni autori (ad es. PACCHIONI) trascurano la questione, forse perchè pareva loro ormai pacifica.

(26) AUBRY et RAU, *Droit civil* cit., 6ª ed., IV, p. 180, e ivi nota 4; in Italia, PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni* cit., IV, p. 442.

(27) Che gli effetti dell'atto compiuto dal creditore ricadano nella sfera del solo debitore, è un corollario dello stesso principio da cui deriva che il debitore conserva la disponibilità del suo rapporto nonostante l'esercizio dell'azione operata dal creditore. L'una e l'altra massima si riconnettono al principio che l'azione surrogatoria non presuppone, nè determina, alcun *trasferimento* di poteri nè di diritti dal debitore al creditore.

Per la localizzazione degli effetti dell'atto del creditore nella sfera del debitore cfr., nella giurisprudenza italiana, Pret. Cagliari 18 ottobre 1893, in *Giur. sarda* 1893, 139: « Il creditore non può rivendicare per sè da un terzo uno stabile del suo debitore »; Cass. Napoli 8 giugno 1917, in *Dir. e giurispr.* 1917, 489: « Esperita dal creditore, in via surrogatoria, un'azione recuperatoria, i beni rientrano nel patrimonio del debitore, e non già nel patrimonio del creditore che si è surrogato »; App. Genova 20 giugno 1918, in *Temi gen.* 1918, 265: « L'azione surrogatoria può determinare solo la condanna a favore di colui in cui nome e vece l'azione si esercita, e non a favore del creditore »; App. Bologna 9 luglio 1934, in *Mon. trib.* 1934, 689: « Il creditore del venditore con patto di riscatto che si surroga nell'esercizio del riscatto può solo ottenere che la cosa rientri nel patrimonio del debitore, ma non può farsela attribuire ».

sfera propria (negotium suum gerit) in quanto cessionario, o in quanto titolare di un diritto sopra diritto altrui (28).

Secondo il primo schema, che ben presto è preferito al secondo in giurisprudenza, mentre suscita critiche sempre più aspre in dottrina, il creditore viene configurato come rappresentante del debitore (29), o suo mandatario (30), o si dice che agisce in nome del solo debitore (31), ovvero in nome comune proprio e del debitore (32), salvo discutere se operi nell'interesse proprio (33), o altrui, o di entrambi (34).

---

(28) Cass. Palermo 24 maggio 1888, in *Foro it.* 1888, I, 1132: « L'azione surrogatoria non può avere lo scopo di conservare o reintegrare il patrimonio del debitore, ma solo quello di conseguire direttamente quanto è dovuto al creditore ».

In dottrina vedi HUC, *Cession* cit., p. 126 e precc., con energia; LAROMBIERE, *Obligations* cit., II, p. 170; RICCI, *Corso* cit., VI, p. 286 e sgg. con ampia motivazione; PACCHIONI, *Obbligazioni* cit., p. 141; ROCCO, *Fallimento* cit., p. 80 e seg.; D'AVANZO, *Surrogatoria* cit., n. 81.

(29) Cass. Firenze 22 gennaio 1910, in *Mon. pret.* 1910, 9; App. Trani 16 dicembre 1910, in *Foro puglie* 1911, 189; Cass. Palermo 18 aprile 1914, in *Foro sic.* 1914, 351; Trib. Catanzaro 14 aprile 1915, in *Giur. calab.* 1915, 256; Cass. Regno 17 aprile 1934, in *Foro It.* 1935, I, 131; in dottrina vedi DEMOGUE, *Obligations* cit., n. 980; PLANIOL RIPERT e BOULANGER, *Traité élémentaire* cit., II, n. 1386.

(30) CROME, *Cours* cit., § 23, p. 307, lo definisce mandatario in rem suam, precisando però che tale qualifica spetta anche al creditore pignoratizio, e riferendosi qui al mandato come modo di trasferimento dell'azione. Ricorre alla figura del mandato, però proprio per indicare che il creditore agisce in una sfera che permane aliena, GIORGI, *Obbligazioni* cit., II, p. 270.

(31) Per questa configurazione, tutti i passi citati nella nota 21. Aggiungi in dottrina AUBRY et RAU, *Droit civil* cit., VI, p. 181 in fondo; BAUDRY LACANTINERIE e BARDE, *Obligations* cit., n. 637; DEMOLOMBE, *Cours* cit., XII, n. 113; PLANIOL RIPERT e ESMEIN, *Traité* cit., VII, II, n. 910 (per incidens); JOSSERAND, *Cours* cit., n. 671 e seg.; LAURENT, *Principes* cit., XVI, n. 408; CHIRONI, *Istituzioni* cit., § 307; PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni* cit., IV, p. 443; VENZI, ivi, p. 489.

(32) Cfr. Cass. francese arr. 11 luglio 1951, in *Rec. Dalloz, Jurisp.*, 586.

(33) BAUDRY LACANTINERIE e BARDE, *Obligations* cit., n. 637; DEMOGUE, *Obligations* cit., VII, n. 980; DEMOLOMBE, *Cours* cit., XII, n. 113; PLANIOL RIPERT e BOULANGER, *Traité élémentaire* cit., II, n. 1386, PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni* cit., IV, p. 443.

(34) Cfr. in quest'ultimo senso la Cass. italiana, sent. 17 aprile 1934, in *Foro it.* 1935, I, 131.

Sul fronte opposto troviamo la teoria della posizione del creditore come situazione autonoma rispetto al diritto del debitore, per cui il creditore opererebbe *nella sfera propria* (35), e, addirittura, sarebbe terzo rispetto al rapporto fra il proprio debitore e l'ulteriore obbligato; con tutte le conseguenze in tema di preclusione di prova, ecc. (36).

In Italia, nel nuovo secolo, si ricorre sempre più frequentemente alla figura del creditore come sostituto processuale (37), e così si pensa di aver risolto il grave problema lasciato aperto del codice del 1865; mentre in Francia negli ultimi decennî si tende ad eludere e superare il problema teorico della « veste » in cui il creditore (38) opera.

Se così vasto (e peraltro innocuo) fu il disorientamento della giurisprudenza di fronte al problema della « figura giuridica » del creditore procedente, maggiore concordia fu rivelata sui singoli problemi esegetici.

Ad es., la giurisprudenza si svincola volentieri dalla discussione sui presupposti dogmatici per scendere direttamente alla soluzione concreta dei casi, ed affermare che il creditore non esercita altri poteri all'infuori di quelli che potrebbe esercitare lo stesso debitore, e che perciò gli sono opponibili tutte le eccezioni che sarebbero opponibili al debitore se questo agisse (39). Questa proposizione viene anche compendiata nella

---

(35) Vedi citazioni sopra, nota 28.

(36) Cfr. App. Torino 15 marzo 1937, in *Giur. tor.* 1937, 684 (che peraltro costituisce un unicum in giurisprudenza).

(37) In giurisprudenza, cfr. Cass. 25 giugno 1942, in *Foro it.* 1943, I, 340, e in *Giur. it.* 1942, I, 1, 625. Come si vedrà in seguito, questa definizione è comune nella giurisprudenza successiva all'entrata in vigore del secondo codice italiano.

L'origine della teoria è dottrinale: vedi le citazioni di CARNELUTTI, CALAMANDREI, GARGAGNATI, nota 1 al § 27.

(38) Cfr. ad es. il silenzio di BEUDANT, *Cours* cit., VIII, nei 624 e sgg.; COLIN e CAPITANT, *Cours* cit., n. 426 e sgg., GAUDEMET, *Obligations* cit., p. 405.

(39) Cass. Torino 14 aprile 1891, in *Legge* 1891, II, 519; App. Venezia 17 febbraio 1898, in *Temi ven.* 1898, 248; Trib. Torino 28 febbraio 1914, in *Mon. Trib. Milano* 1914, 604; Trib. Palermo 21 dicembre 1934, in *Foro sic.* 1935, 127; App. Brescia 27 marzo 1935, in *Foro lomb.*

formula «il creditore è un avente causa dal debitore» (40); con cui non si vuole però sempre asserire che il rapporto fatto valere si sia trasferito dal debitore al creditore (41).

Nel contempo, in Francia come in Italia, tende a divenire pacifica la inettitudine dell'esercizio di diritti in via surrogatoria a spogliare il debitore del potere di disposizione (42).

1935, 281; Cass. Regno 7 febbraio 1939, n. 408, e 28 febbraio 1939, n. 692, entrambe inedite; ancora Cass. 30 gennaio 1940, in *Foro it.* 1940, I, 139, e 18 luglio 1941, mass. in *Rep. foro it.* 1940, 393, 8.

(40) App. Bologna 21 aprile 1891, in *Riv. giur. Bologna* 1891, 140; App. Firenze 16 marzo 1895, in *Mon. Trib. Milano* 1895, 689; App. Genova 4 novembre 1898, in *Temi gen.* 1898, 660; App. Firenze 7 luglio 1902, in *Annali* 1902, 392; App. Bari 4 agosto 1930, in *Corte Bari* 1930, 397; Cass. 5 gennaio 1939, mass. in *Rep. foro it.* 1939, 449, 5.

Contra cfr. App. Torino cit. retro in nota 36.

Vedi in dottrina la stessa formulazione in Larombière, *Obligations* cit., II, p. 170.

(41) Per l'idea del trasferimento, App. Firenze 16 marzo 1895 cit. Per l'idea dell'avente causa come successore e rappresentante cfr., nella dottrina, Borsari, *Commentario* cit., sub art. 1234, § 3165. Lamombière, *Obligations* cit., II, chiama il creditore avente causa dal debitore a p. 170, e lo chiama mandatario a p. 198. Lomonaco, *Obbligazioni* cit., p. 546 e sgg., parla di subingresso del creditore in luogo del debitore, e di cessione forzosa di azione.

(42) Per le origini di questa soluzione cfr. retro note 17 e 18. In seguito vedi, in Francia, Corte Digione 26 gennaio 1870, in *Jur. gén. - suppl. rép. Dalloz* 1893, Obligations, n. 326; fra gli scrittori, Laurent, *Principes* cit., XVI, n. 402 e sgg.; Larombière, *Obligations* cit., t. II, art. 1166, n. 32; Aubry et Rau, *Droit civil* cit., VI, p. 181 (escluso il caso in cui il creditore abbia ottenuto la previa surrogazione); Baudry Lacantinerie e Barde, *Obligations* cit., n. 639; Beudant, *Cours* cit., VIII, n. 630; Colin e Capitant, *Cours* cit., II, n. 436, B; Planiol, Ripert, Esmein etc., *Traité* cit., VII, II, n. 919; Planiol, Ripert e Boulanger, *Traité élémentaire* cit., II, n. 1404; Gaudemet, *Obligations* cit., p. 403 in fondo; Josserand, *Cours* cit., II, n. 672; Laurent, *Principes* cit., XVI, n. 402. Contra vedi Corte Bordeaux 26 novembre 1889, in *Rec. gén. lois arrêts Sirey*, table 1891—1900, voce créancier, n. 4, e *Sirey annuale* 1891, 2, 233; e Corte Digione 20 marzo 1888, in *Gaz. pal.* 1888, I, 822 (ricordata in Planiol-Esmein, loc. cit.); fra gli autori, vedi Demolombe, *Cours* cit., XII, n. 119 e sgg.; Colmet de Santerre, *Cours* cit., V, p. 119, n. 81 bis; Crome, *Teorie* cit., p. 307; Huc, *Cession* cit., p. 122 (implicitamente).

In Italia, in un primo tempo, non ci si preoccupò del problema (Borsari, *Commentario* cit., III, II, § 3165 e sgg., Stolfi N. *Diritto civ.* cit., III, n. 727 e sgg.; Pacchioni, *Obbligazioni* cit.; Chironi, *Istituzioni*

In Italia, per evitare questa sottrazione di poteri a danno del debitore, si dubita se il creditore possa procedere in via surrogatoria alla riscossione di quanto dovuto dal terzo al debitore (è infatti chiaro che, se il creditore riscuote per primo, priva de facto di ogni contenuto il diritto del debitore) (43); mentre in dottrina sorge l'idea che là, dove il creditore riscuote dal terzo, egli eserciti un potere di tipo non surrogatorio, e che eserciti invece un potere surrogatorio là dove persegue il terzo mediante giudizî di cognizione (44).

---

cit., § 307; Simoncelli, *Istituzioni di diritto civ. it.*, Roma 1921, p. 370; Venzi, note a Pacifici Mazzoni, De Ruggiero, *Istituzioni* cit., III, § 98) o lo si risolse secondo lo schema della cessione forzosa (subingresso), cfr. Lomonaco, *Obbligazioni* cit., p. 543 e sgg. Poi si passò alla soluzione opposta: Giorgi, *Obbligazioni* cit., II, p. 334; Ricci, *Corso* cit., VI, n. 231; D'Avanzo, *Surrogatoria* cit., n. 96 e sgg. Pacifici Mazzoni, *Istituzioni* cit., IV, p. 442, adotta la soluzione intermedia di Aubry e Rau.

Fra i sostenitori dell'azione surrogatoria come cessione forzosa, il D'Avanzo (*Surrogatoria* cit., p. 72) inserisce anche il Chiovenda; il quale però, se pure parlò di una «espropriazione della facoltà di esercizio spettante al debitore», e se lasciò dubbio il proprio pensiero in *Sulla natura dell'espropriazione forzata, Riv. dir. proc.* 1926, I, p. 85 e sgg., chiarì il proprio insegnamento nelle *Istituzioni* cit., p. 271, ivi rifiutando la teoria dell'esclusione del debitore dall'attività di disposizione.

Quando questa evoluzione giunse al termine, ne risentì il vocabolario dei giuristi, perchè il termine subingresso giudiziale, già utilizzato per indicare l'azione surrogatoria, risultò ictu oculi inadeguato.

(43) Con riferimento alla teoria negativa, si è anche parlato di una funzione meramente conservativa dell'azione surrogatoria.

Per il problema di cui nel testo cfr., in giurisprudenza, Trib. Napoli 20 aprile 1904, in *Gazz. proc.* XXIII, 15: «Il creditore non può intraprendere esecuzioni forzate contro il debitore del suo debitore, senza la procedura del pignoramento presso terzi». Cfr. anche la massima formulata dall'App. Bologna, sent. 28 luglio 1938 (*Temi emil.* 1938, 229), secondo cui «il creditore pignoratizio può esigere il pagamento in via surrogatoria». Diversamente appare orientata la giurisprudenza anteriore (App. Milano 3 marzo 1915, in *Temi Lomb.* 1915, 446; Cass. Napoli 10 giugno 1912, in *Dir. e giurispr.* 1912, 679; App. Firenze 19 marzo 1904, in *Annali* 1904, 224).

Il problema riemergerà, come vedremo in seguito, sotto l'impero del nuovo codice italiano.

(44) Con questa concezione lo Zucconi, nella sua monografia di carattere storico, influì sulla comune ricostruzione storica dell'istituto. Fino allora si faceva discendere l'azione surrogatoria dal pignoramento

Anche la teoria facente perno sull'autonomia della posizione del creditore rispetto a quella del debitore cerca di non pregiudicare l'efficacia nei confronti del creditore degli atti del debitore, e ricorre a tal fine all'idea che « il debitore rappresenta tutti i suoi creditori » (45).

---

di credito; mentre l'aut. cit. limitò i precedenti del nostro istituto al potere, riconosciuto al creditore, di perseguire il terzo mediante giudizii.

Anche questa configurazione del potere surrogatorio è peraltro inadeguata, perchè trascura la differenza strutturale fra un potere esclusivo, ed un potere concorrente con la parallela facoltà del debitore. Ulteriormente, il potere di esigere l'adempimento può accompagnarsi al potere di riscuotere, o ridursi al potere di costringere il terzo ad adempiere nelle mani del debitore. Legittimazione a pretendere, e legittimazione a ricevere, possono essere, a loro volta, esclusive o concorrenti.

Ciò premesso, si deve riaffermare che qualsiasi potere esclusivo spettante al creditore presuppone un *trasferimento* di poteri dal debitore al creditore, e questo trasferimento può essere inquadrato senza ricorrere alla categoria dell'azione surrogatoria. Viceversa, la situazione surrogatoria si accorda bene con un potere *concorrente* del creditore e del debitore.

(45) Con ciò, risulta formalmente invertita la teoria, secondo cui il creditore rappresenta il debitore. Vedi la formulazione in esame nella sentenza della Cass. italiana 17 febbraio 1936, n. 559, cfr. mass. in *Rep. foro it.* 1936, 422, 1.

In dottrina, cfr. in questo senso LAROMBIERE, *Obligations* cit., p. 170 (il quale a p. 198 chiama poi il creditore mandatario del debitore).

CAPITOLO II.

La fattispecie che dà luogo al potere di procedere in via surrogatoria

§ 11. - GENERALITÀ.

La fattispecie (1) costitutiva di quella situazione, per cui il creditore può efficacemente esercitare diritti ed azioni del debitore, consta di elementi che la dottrina tende ad elencare

---

(1) E' controvertibile la proprietà del termine fattispecie, qui adottato per indicare l'insieme dei presupposti del procedimento surrogatorio.

Infatti, spesso si definisce la fattispecie come il complesso di circostanze idonee a costituire, modificare od estinguere un rapporto giuridico, e si parla di elementi per indicare le singole circostanze che compongono la fattispecie (vedi, per tutti, RUBINO, *La fattispecie* cit.).

Se questo fosse l'unico significato del termine fattispecie, male si adatterebbe all'insieme dei presupposti del procedimento surrogatorio. Infatti, l'insieme di tali presupposti (com'è intuitivo, e come si vedrà meglio in seguito — oltre, § 17 —) non è idoneo, di per sè, a costituire modificare o estinguere un rapporto giuridico in senso proprio. La rilevanza potenziale dei presupposti in esame diverrà effettiva e concreta solo quando il creditore avrà agito in via surrogatoria. Recipro-